

جامعة الإمارات العربية المتحدة

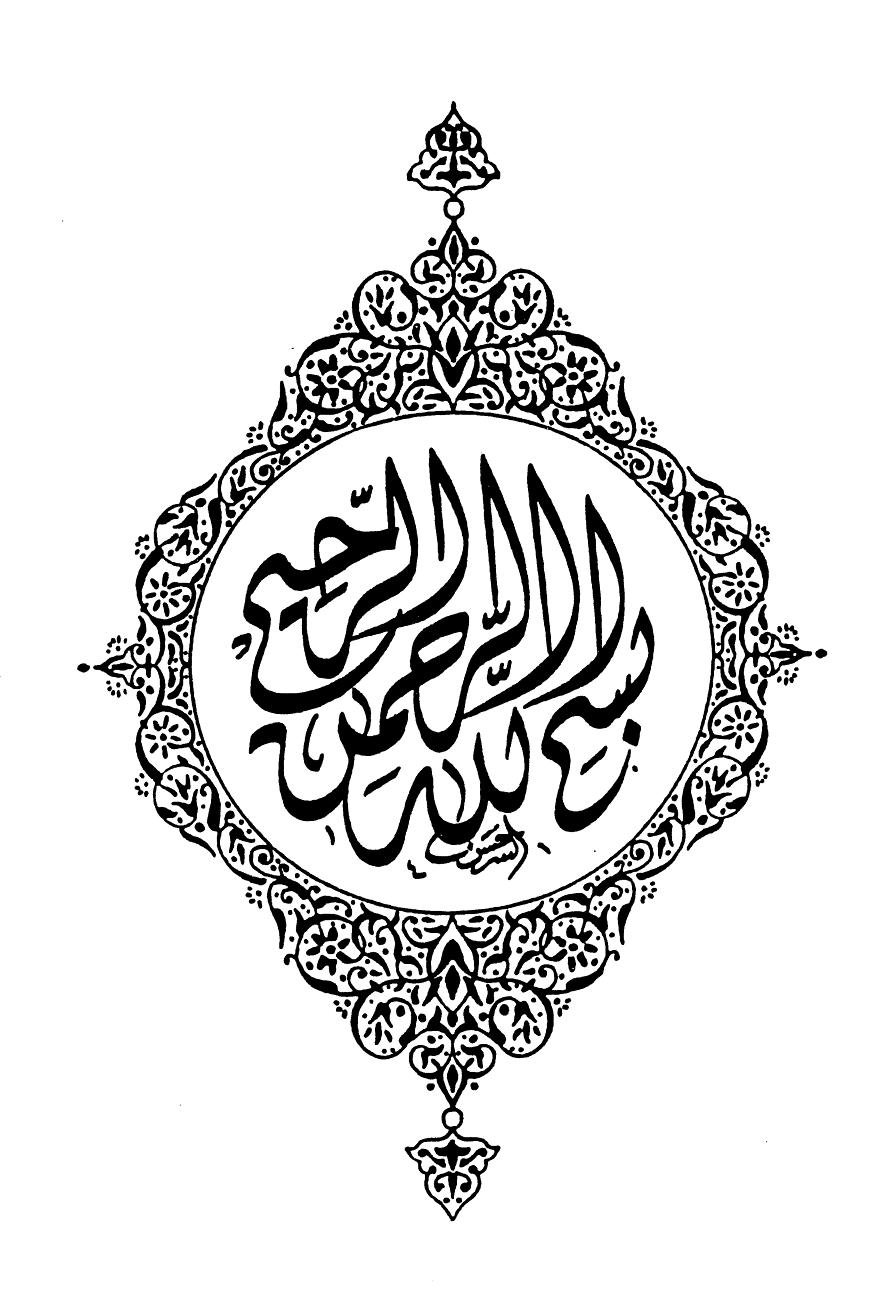
كلية الشريعة والقانون

مجلة

الشريعة والقانون

"حولية محكمة"

العدد الثامن في جمادي الثاني ١٤١٥ هـ - نوفمبر ١٩٩٤ م


بسم الله الرحمن الرحیم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ

-{{ يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ ءَامَنُواْ مِنكُمْ وَ الَّذِينَ أُوتُواْ الْعِلْمَ دَرَجَتٍ }}-

صدق الله العظيم

ترسـل البحوث باسـم الأستاذ الدكتـور رئيس التحرير على العنوان التالـي :

دولة الامارات العربيـة المتحدة - جامعة الامارات العربية المتحدة

كلية الشريعة والقانون / العيـن - ص . ب ١٥٥٥١ - تلفون : ٦٤٣٩٩٨



هيئة تحرير المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

الحمد لله رب العالمين ، نتوجه إليه بأعمالنا ونلتمس منه القبول ، والصلاة والسلام على نبيه رسوله ·

أما بعد فيسعدني أن أقدم ، لقراء مجلتنا ، الذين يتزايدون يوماً بعد يوم في الداخل والخارج ، العدد الثامن منها ، مشتملاً على بحوث في مجال الشريعة وفي مجال القانون ، وفي مجال المقارنه بينهما ·

ويتميز هذا العدد تحقيقاً لوعد قطعناه على أنفسنا في مقدمة العدد السابق بأمرين جديدين :

الأول هو تقديم مقال باللغة الانجليزية في مجال تكتسب فيه هذه اللغة أهمية خاصة ، هو مجال القانون البحري · وهو أمر سوف نجتهد في المحافظة عليه ، والتوسع فيه ، تعميقاً للاستفادة مع الأبحاث التي تنشرها المجلة ·

الثاني هو إضافة أبواب جديدة للمجلة تتناول التعليق على الأحكام القضائية ، والندوات والمؤتمرات التي تعقدها الكلية أو تشارك فيها ، تحقيقاً لرسالة الكلية في خدمة المجتمع في مجال التطبيق الشرعي والقانونـي ·

والله ولـي التوفيـق ...

أهداف المجلة وقواعد النشر

أولا: أهداف المجلة:

مجلة كلية الشريعة والقانون حولية محكمة متخصصة تصدرها كلية الشريعة والقانون بجامعة الامارات العربية المتحدة ، وتهدف إلى :

١ - نشر البحوث المبتكرة التي يكتبها أعضاء هيئة التدريس بالكلية من أجل إثراء البحث العلمي في مجالي الشريعة والقانون ، مع إتاحة فرص النشر والنمو العلمي لأعضاء هيئة التدريس بالكلية .

٢ - توطيد الصلات العلمية والفكرية بين كلية الشريعة والقانون في جامعة الإمارات العربية المتحدة ونظائرها في الجامعات العربية والخليجية .

٣ - معالجة المشكلات المتعلقة بدولة الإمارات العربية المتحدة ، ومنطقة الخليج ، والعالم الإسلامي والعربي من خلال البحوث العلمية التي يضطلع بها أعضاء هيئة التدريس في أقسام الكلية في مجال تخصصاتهم .

٤ - متابعة ورصد اتجاهات الحركة العلمية في نطاق الشريعة والقانون عن طريق التعريف بالكتب الحديثة في مجالي الشريعة والقانون ، والرسائل الجامعية التي تقدم للجامعات العربية والخليجية ، والمؤتمرات والندوات العلمية التي تتناول قضايا الإنسان وبيئته في العالم الإسلامي والعربي في المجالين المذكورين بالإضافة إلى أخبار التراث الفكري الإسلامي العربي والفتاوي الشرعية والقانونية .

٥ - إتاحة فرص التبادل العلمي مع المجلات العلمية المماثلة التي تصدرها الكليات المناظرة في الجامعات الأخرى .

ثانيا: قواعد النشر:

١ - تقوم مجلة الشريعة والقانون بنشر الدراسات الأصيلة والمبتكرة لأعضاء هيئة التدريس في الكلية ، ويجوز لهيئة التحرير أن تقبل بحوثاً من أعضاء هيئة التدريس في الكليات النظيرة في الجامعات الخليجية والعربية ، والإسلامية ،

مع العناية الخاصة بالموضوعات ذات الصلة بمنطقة الخليج والجزيرة العربية ٠

٢ - تقبل البحوث باللغتين العربية والإنجليزية أو الفرنسية على أن يتراوح حجم البحث بين خمسة آلاف وعشرة آلاف كلمة (١٦ - ٣٢) صفحة من القطع العادي ، وذلك عدا الهوامش والمراجع والأشكال والصور ، والملاحق ٠

٣ - ينبغي أن يرعي في البحوث التي تقدم للنشر مايلي :

(أ) أن لايكون البحث قد سبق نشره ٠

(ب) اتباع الأصول العلمية من حيث الإحاطة والاستقصاء ، والحواشي والمصادر، والمراجع إلى غير ذلك من القواعد المرعية في البحوث العلمية ٠

(ج) يجب أن يراعي في البحوث المتضمنة لنصوص شرعية ضبطها بالشكل مع الدقة في الكتابة ٠

(د) يتضمن غلاف البحث اسم المؤلف ، والقسم الذي ينتمي إليه ، وأن تكتب السيرة العلمية للباحث في صفحة مستقلة بنحو موجز ٠

٤ - تزود هيئة التحرير بثلاث نسخ من البحث مرقومة على الآلة الكاتبة ٠

٥ - توجه البحوث إلى رئيس تحرير المجلة - جامعة الامارات العربية المتحدة - كلية الشريعة والقانون - ص ب ١٥٥٥١ العين - دولة الامارات العربية المتحدة ٠

٦ - يتم عرض البحوث - على نحو سري - على محكم أو أكثر من الذين يقع عليهم الاختيار ٠

٧ - تعد الأقسام العلمية لائحة المحكمين الداخليين والخارجيين ويعتمدها مجلس إدارة المجلة ، وتصرف المكافآت وفقا للقواعد المعمول بها في الجامعة ٠

٨ - يخطر أصحاب البحوث بالقرار حول صلاحيتها للنشر أو عدمه خلال مدة لا تتجاوز الشهرين ٠

٩ - ما ينشر في المجلة يعبر عن وجهة نظر صاحبه ، ولا يعبر بالضرورة عن وجة نظر هيئة التحرير أو جامعة الامارات العربية المتحدة ٠

البحــوث والدراســات

القضاء بالنكول
في
الفقه الإسلامي

بقلم

الدكتور ماجد محمد أبو رخيه *

---

* أستاذ مساعد بالكلية له العديد من المؤلفات والبحوث في الفقه المقارن .

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة البحث

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسولنا محمد الهادي الآمين وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين وبعد : : -

فإن قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي يرويه ابن عباس (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) (١) يعد من القواعد الفقهية المشهورة التي اعتمد عليها الفقهاء وعدوها أصلاً من أصول الإثبات في الشريعة الإسلامية ٠

وهذه القاعدة قد جعلت البينة على المدعي ، لأن جانبه ضعيف يحتاج معه إلى مايقويه ويسنده ، وسبب ضعفه أنه يدعي خلاف الظاهر فعليه إثبات مايقول ٠

كما جعلت اليمين على المدعى عليه إذا أنكر مايدعيه المدعي ، لأن جانبه قوي، ولاريب في ذلك فهو يستند إلى أصل متين وهو أصل براءة الذمة ، وإشغالها أمر طارىء وعارض ، والأصل في الأمور العارضة العدم ، فكان ينبغي أن يسمع كلامه إلى حين ثبوت مايشغل ذمته ٠

ونظراً لاحتمال أن يكون المدعى عليه كاذباً في إنكاره دعوى المدعي ، وقطعاً لهذا الإحتمال فإنه يطلب منه توثيق كلامه باليمين إذا طلب المدعي تحليفه (٢) ٠

----

(١) السنن الكبرى ١٠/١٥٢ ، سبل السلام ٤/ ١٧٤ ٠

(٢) انظر حاشية العدوي ٢ / ٣١١ ، المدخل الفقهي العام ٢ / ١٠٥٧ ٠

وهذا المفهوم من خلال هذه القاعدة الفقهية التي تحتل أصلاً من أصول الإثبات لاخلاف فيه بين الفقهاء ، لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو أن المدعي إذا لم تكن له بينة على دعواه وأنكر الخصم تلك الدعوى فوجهت إليه اليمين إعمالاً للقاعدة الفقهية فرفض حلفها أو سكت ولم ينبس ببنت شفه فهل يقضي القاضي بنكوله عن اليمين فيكسب المدعي دعواه أم لا ؟

للإجابة عن هذا السؤال قمت بإعداد هذا البحث تحت عنوان :

القضاء بالنكول
في
الفقه الإسلامي

وقد جاء متضمناً مايلي : -

أولاً - تعريف النكول

ثانياً - النكول الصريح والنكول الحكمي .

ثالثاً - أراء الفقهاء في القضاء بالنكول .

رابعاً - أدلة القائلين بجواز القضاء بالنكول .

خامساً - شروط القضاء بالنكول عند القائلين به .

سادساً - تكييف النكول عند القائلين به .

سابعاً - أدلة القائلين بعدم جواز القضاء بالنكول .

ثامناً - مناقشة الأدلة .

تاسعاً - الرأي المختار .

عاشراً - عودة الناكل عن نكوله ورغبته في الحلف بعد القضاء .

حادي عشر - هل يعد النكول نفسه قضاء فيحكم للمدعي به ؟

ثاني عشر - الفرق بين نكول المدعي عن يمين الرد ونكول المدعى عليه .

ثالث عشر - القضاء بالنكول في القانون

أسأل الله أن يوفقنا لصالح الأقوال والأفعال ،،

ماجد أبورخيه

أولاً

تعريف النكول

النكول لغة (١) مشتق من الفعل نكل بمعنى نكص وجبن . يقال نكل عن الأمر نكولاً أي جبن ونكص ، ومنه نكل عن العدو ، ونكل عن اليمين .

ويقال أنكله عن الشيء أو الأمر بمعنى دفعه وصرفه والناكل هو الضعيف والجبان .

أما النكول إصطلاحاً فقد عرف بأنه " التأخر عن اليمين الواجبة " (٢) .

وعرف أستاذنا الشيخ مصطفى الزرقاء النكول بأنه أستنكاف الخصم عن حلف اليمين الموجهة إليه من القاضي (٣) . *

وهذا التعريف فيه دلالة على مايلي :

١ - إن النكول المعتبر هو الذي يكون في مجلس القضاء .

٢ - إن اليمين لاتجب على المدعى عليه إلا إذا وجهها القاضي إليه .

---

(١) ترتيب القاموس المحيط ، المعجم الوسيط مادة نكل .

(٢) البحر الزخار ٤/٤١٠ .

(٣) المدخل الفقهي العام ٢/١٠٦٥ .

* رغم توضيح الفقهاء لمسألة القضاء بالنكول إلا أنني لم أجد عندهم تعريفاً خاصاً به فيما اطلعت عليه من كتب ولذلك اكتفيت بالتعريفين .

ثانيا

النكول الصريح والنكول الحكمي

ينقسم النكول إلى نوعين :

الأول نكول حقيقي وهو النكول الصريح كقول المدعى عليه لا أحلف .

الآخر : نكول حكمي وهو النكول غير الصريح كأن يسكت المدعى عليه إذا وجهت إليه اليمين وحكم هذا النوع أنه يعتبر كالنكول الصريح في الصحيح عند الحنفية إذاعلم أنه لاآفة بالمدعى عليه من طرش أو خرس أو نحو ذلك (١) .

أما المالكية فقد ذهبوا إلى أنه لايعد سكوت من وجهت إليه اليمين من غير إظهار نكول نكولاً وله الحلف بعد ذلك (٢) .

لكن هل يعد سكوت المدعى عليه عن الإجابة على الدعوى الموجهة إليه بالإقرار أو بالإنكار نوعاً من أنواع النكول ؟

ذهب أصبغ من المالكية إلى أن القاضي في مثل هذه الحالة يقوم بعد إعذار المدعى عليه بتحليف المدعي والقضاء له بحقه إن كان مما يستحق مع نكول المطلوب عن اليمين ، لأن نكوله عن التكلم نكول عن اليمين . وإن كان الحق مما لايثبت إلا بالبينة طالب المدعي بها ولايسجن المدعى عليه حتى يتكلم .

----

(١) تكملة فتح القدير ١٨٠/٨ ، حاشية ابن عابدين ٥٨٦/٤٠ ، معين الحكام ص ٩٧ .
(٢) الشرح الصغير على أقرب المسالك ٣١٩/٤ .

وذهب ابن عبدالحكم إلى أن القاضي لايترك المدعى عليه حتى يقر أو ينكر وإلا قام بسجنه وهذا القول رواية عن الشهب .

وأما ابن عبدالرفيع صاحب معين الحكام فقد ذهب إلى القول بأن المدعى عليه إذا امتنع عن الجواب أكره بالسجن والأدب فإن استمر في رفضه اعتبر مقراً بحق الطالب وقضي له بلا يمين (١) .

أما الشافعية فقد ذهبوا إلى أن القاضي يطلب من المدعى عليه الإجابة على الدعوى ويكرر طلبه ثلاثاً إستحباباً فإن آجاب وإلا جعل ناكلاً فيحلف المدعي ويستحق دعواه ، ذلك أن السكوت قريب من الإنكار من المدعى عليه وهما في الحكم سواء (٢) .

ويرى الشيخ مصطفى الزرقاء بناء على قاعدة « ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان » أن سكوت المدعى عليه عن إجابة القاضي يعتبر إنكاراً للدعوى ، وعندها يكلف المدعي بالبينة فإن عجز وطلب اليمين من المدعى عليه فسكت فإنه يعتبر ناكلاً عن اليمين ويقضى عليه (٣) .

----

(١) تبصرة الحكام ٣٦٧/١ ، معين الحكام لابن عبدالرفيع ٦١٧/٢ .
(٢) أدب القضاء ص ١٨٨ ، مغني المحتاج ٤/ ٤٦٨ .
(٣) المدخل الفقهي العام ، ج٢ ، ص ٧٩٤ .

ثالثاً

آراء الفقهاء في القضاء بالنكول

تباينت أراء الفقهاء في مسألة القضاء بالنكول على النحو التالي :

أ - راي الحنفية :

ذهب الحنفية إلى القول بأن طرق القضاء سبعة بينة وإقرار ويمين ونكول عنه وقسامة وعلم قاض على المرجوح (١) . وقرينة قاطعة (٢) .

فالنكول عن اليمين إذن طريق من طرق القضاء عند الحنفية وعليه فإن اليمين إذا وجهت للمدعى عليه بعد إنكاره لدعوى المدعي فرفض الحلف أو سكت ، فإن القاضي يقضي عليه بنكوله إذا كانت الدعوى متعلقة بالمال ، أما إذا تعلقت الدعوى بالقصاص في النفس فإنه لايقضي بالنكول عند أبي حنيفة لا بالقصاص ولابالمال ولكن يحبس المدعى عليه حتى يقر أو يحلف ، وإن كانت الدعوى في القصاص بما دون النفس فإنه يقضى بالقصاص في العمد وبالدية في الخطأ .

أما عند الصاحبين فلا يقضى بناء على النكول بالقصاص مطلقاً سواء كانت الدعوى متعلقة بالقصاص في النفس أم بما دون النفس ، وإنما يقضى بالدية والأرش فيهما جميعاً (٣) .

----

(١) الذي عليه فتوى المتأخرين من الحنفية هو عدم جواز القضاء بعلم القاضي . انظر نظام القضاء ص ٢١٤ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٥٩٧/٤ .

(٣) سبب الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه عائد إلى خلافهم في تكييف النكول هل هو بذل أم إقرار وسيأتي توضيح هذا عند التحدث عن تكييف النكول .

ولا يقضى باتفاق الحنفية بالنكول في مسائل الحدود والقصاص واللعان (١) مع ملاحظة أنه في دعوى السرقة إذا حلف المدعى عليه على المال و نكل يقضى عليه بالمال لا بالقطع لأن النكول حجة في الأموال دون الحدود (٢) .

ب - راي المالكية :

ذهب المالكية إلى تقسيم الدعاوي إلى قسمين :

دعوى تحقيق وهي كل دعوى متعلقة بالمال أو فيما يقصد به المال كخيار وأجله، وفيها يكون المدعي متأكداً ومتحققاً من صحة إدعائه كقوله لي عند فلان مبلغ كذا أو لي عند فلان متاع وصفه كذا .

دعوى تهمة وهي التي لايكون فيها المدعي متحققاً ومتأكداً فيما يدعيه كأن يتهم إنساناً بالسرقة ونحوها .

ورأي المالكية أنه لايقضى بالنكول عن اليمين في دعوى التحقيق بل ترد اليمين إلى المدعي فإن حلف قضي له وإن نكل خسر دعواه لأنهم يعتبرون النكول من المدعى عليه شاهداً عرفياً على إقراره فيتقوى جانب المدعي فيحلف يميناً فيكسب القضية بشاهد ويمين .

وأما إذا كانت الدعوى دعوى تهمة فإنهم يقضون بالنكول لأن اليمين عندهم لاترد في دعوى الإتهام (٣) .

----

(١) تكملة فتح القدير ١٨٦/٨ ، بدائع الصنائع ٨ / ٣٩٣٦ .
(٢) بدائع الصنائع ٣٩٣٧/٨ .
(٣) تبصرة الحكام ٣٩٧/١ ، الشرح الصغير على أقرب المسالك ٣١٧/٤ ، حاشية العدوي ٣١٢/٢ ، بداية المجتهد ٤٦٩/٢ .

يقول ابن عاصم :

وتهمة إن قويت بها تجب　　　يمين متهوم وما إن تنقلب

ج - راي الشافعية :

ذهب الشافعية إلى القول بأن المدعي إذا ادعى حقاً ولم تكن له بينة فأنكر المدعى عليه ونكل عن اليمين فإنه لايقضى عليه بنكوله بل ترد اليمين على المدعي إذا كانت الدعوى متعلقة بغير الدم كأن تكون متعلقة بالمال أو مايقصد به المال(١) .

وأما إذا كانت الدعوى متعلقة بالدم ولم يكن للمدعي بينة و كان هناك لوث فإن الأيمان توجه إبتداء للمدعي ولاتوجه للمدعى عليه سواء أكانت الدعوى في قتل موجب للقصاص أم في قتل لايوجبه على خلاف عندهم فيما يترتب على الأيمان من قصاص أو دية إستدلالاً بحديث القسامة .

وأما إذا كانت الدعوى متعلقة بدم ولم يكن هناك لوث ولاشاهد فالقول قول المدعى عليه مع يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه) (٢) .

ولأن اليمين أعطيت للمدعي عند اللوث لقوة جانبه ، فإن لم يكن هناك لوث كانت القوة في جانب المدعى عليه ، لأن الأصل براءة ذمته فعادت اليمين إليه .

----

(١) المهذب ٤٠٦/٢ ، مغني المحتاج ٤٦٨/٤ .
(٢) صحيح مسلم شرح النووي ٢/١٢ نيل الأوطار ٣٠٥/٨ .

فـإن نكل المدعى عليـه عـن اليـمين ردت على المدعي فـإن حلف أو حلفـوا إذا كـانوا جـمـاعـة حكم بالقـضـيـة لصـالحـهم ، فـإن كـان القـتـل مـوجـبـاً للقـصـاص وجب القصاص، وإن كـان موجباً للدية وجبت الدية " لأن يمين المدعي مع نكول المدعى عليه كـالبـينة في أحد القـولين وكـالإقـرار في القـول الآخـر ، والقـصـاص يجب بكل واحد منهما " (١) .

د - راي الحنابلة :

ذهب الحنابلة إلى أن الدعـوى إذا كـانت مـتـعلقـة بالمال أو مـا يقـصـد بـه المال ، ولم تكن للمدعي بينة ، فإن اليـمين توجه إلى المدعى عليه فإن رفض الحلف أو سكت ولم يذكـر شـيـئـاً قـضي عليـه بنكوله ولا ترد اليـمين على المدعي . وهذا مانص عليـه الإمـام أحمـد حيث قـال : أنا لاأرى رد اليـمين لكن إن حلف المدعى عليه وإلا دفع إليه (المدعي) حقه .

وفي رواية عند الحنابلة اختـارها أبوالخطاب ان اليـمين في مـثل هذا النوع من الدعاوي ترد على المدعي فإن حلف قضي له بما ادعاه (٢) .

وأما إذا كانت الدعوى متعلقة بغير المال كالنكاح والطلاق واللعان والقصاص فلا يقـضى فـيـها بالنكول سواء أكانت دعوى القصاص بالنفس أم بما دون النفس . يقول صاحب المغني « فأما غير المال وما لايقصد به المال فلا يقضى فيه بالنكول نص عليه أحد في القصاص » (٣) .

----

(١) المهذب ٤٠٧/٢ ، حلية العلماء ٢٢٥/٨ .

(٢) المغني ٢٣٥/٩ ، الفروع ٤٧٧/٦ .

(٣) كـلام صـاحب المغني لاتصـريح فـيـه ولاتلمـيح برد اليـمين على المدعي خـلافـاً لما ذكـره د . عـبـدالكريم زيدان في كـتـابه نظام القـضـاء ص ٢٠٧ . عن الحنابلة حـيث قـال : =

وفي هذه الحالة وجهان الأول أن يخلى سبيل المدعى عليه نظراً لعدم ثبوت التهمة - الآخر يحبس المدعى عليه حتى يقر أو يحلف (١) ·

وأصل هذين الوجهين كما يقول صاحب المغني المرأة إذا نكلت عن اللعان (٢) ·

هـ - رأي ابن حزم الظاهري:

سلك ابن حزم الظاهري في مسألة القضاء بالنكول مسلكاً يغاير مسلك أصحاب المذاهب الأربعة حيث ذهب إلى القول بأن المدعي إذا لم يثبت دعواه بحجة شرعية فإن اليمين توجه إلى المدعى عليه ، فإن حلف قضي له ، وإن لم يحلف أجبر على اليمين ولايقضى بنكوله في أي نوع من أنواع الدعاوي ، ولاترد اليمين على المدعي مطلقاً إلا في ثلاثة مواضع ·

= « · · · أماغير المال وما لايقصد به المال كالقصاص فلا يقضى به بالنكول بل يرد القاضي اليمين على المدعي فإن حلف حكم القاضي له وإن نكل رد القاضي دعواه » ·

(١) المغني ٢٣٧/٩ ، القواعد لابن رجب ص ٢٤٥ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٥١٩/٦ ·

(٢) يرى الحنابلة أن المرأة إذا لاعنها زوجها و لم تلاعنه هي فلا حد عليها ، لأن الحد لايثبت بنكولها عن الملاعنة ، لاحتمال أن يكون ذلك لفرط حيائها أو لعلة أخرى « فلا يجوز إثبات الحد الذي اعتبر في بينته من العدد ضعف مااعتبر في سائر الحدود · · مبالغة في نفي الشبهات وتوسلاً إلى إسقاطه ، ولايجوز أن يقضي فيه بالنكول الذي هو في نفسه شبهة لايقضي به في شيء من الحدود · · · ولأنها لوأقرت بلسانها ثم رجعت لم يجب عليها الحد فلأن لايجب بمجرد إمتناعها عن اليمين على براءتها أولى » · وفي مثل هذه الحالة فإن الحنابلة يرون في الرواية الأصح عندهم أن المرأة تحبس حتى تلاعن أو تقر أربعاً ، وفي الرواية الأخرى يخلى سبيلها لعدم وجوب الحد عليها ·

قال أحمد « فإن أبت المرأة أن تلتعن بعد التعان الرجل أجبرتها عليه وهبت أن أحكم عليها بالرجم ، لأنها لو أقرت بلسانها لم أرجمها إذا رجعت فكيف إذا أبت اللعان » المغني ٤٥/٧ ·

١ - القسامة ، ٢ - من شهد له على دعواه شاهد عدل أو أمرأتان عدلتان يحلف ويقضى له فإن نكل حلف المدعى عليه وبرىء فإن نكل أجبر على اليمين .
٣ - الوصية في السفر لايشهد عليه الاكفار حيث ترد الأيمان على الشهود (١) .

رابعاً

ادلة القائلين بجواز القضاء بالنكول

إستدل القائلون بجواز القضاء بالنكول بأدلة من السنة والآثار والإجماع والمعقول على النحو التالي :

أ - ادلتهم من السنة والآثار :

١ - ماورواه ابن عباس رضي الله عنهما بقوله : إن النبي صلى الله عليه وسلم قال (لويعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه) .

وفي رواية أخرى عند الإمام مسلم أن الرسول صلى الله عليه وسلم (قضى باليمين على المدعى عليه) .

وفي رواية ذكرها البيهقي عن ابن عباس أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) (٢) .

----

(١) المحلى ٣٧٣/٩ .
(٢) صحيح مسلم بشرح النووي ٢/١٢ ، السنن الكبرى ١٥٢/١٠ .

ووجه الدلالة في هذا الحديث مايلي:

أ - أن النبي صلى الله عليه وسلم حصر اليمين في جانب المدعى عليه فلا تكون على المدعي .

ب - أن الحديث بين أن المدعي لايستحق بدعواه دماً ولا مالاً وإنما يستحق بها يمين المدعى عليه خاصة .

جـ - أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل جنس البيّنة على المدعي ، وجنس اليمين على المنكر . وهذه قسمة تنافي الشركة لأن الشركة تستوجب عدم التمييز والقسمة تقتضيه وتستوجبه (١) .

٢ - مارواه الأشعث بن قيس رضي الله عنه بقوله : كان بيني وبين رجل خصومة في بئر فاختصمنا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : (شاهداك أو يمينه فقلت : إنه يحلف ولايبالي فقال من حلف على يمين يقتطع بها مال امرىء مسلم هو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان) (٢) .

٣ - مارواه وائل بن حجر رضي الله عنه بقوله : جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال الحضرمي : يارسول الله إن هذا قد غلبني على أرض كانت لأبي ، قال الكندي هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم للحضرمي ألك بيّنة ؟ قال لا قال : فلك يمينه فقال : يارسول الله الرجل فاجر لايبالي على ماحلف عليه، وليس يتورع عن شيء قال : ليس لك منه إلا ذلك .الخ (٣).

----

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٢٩٤/٤ ، شرح معاني الآثار ١٤٩/٤ ، المغني ٢٣٥/٩ .

(٢) متفق عليه أنظر نيل الأوطار٣٠٢/٤ ، السنن الكبرى ٢٥٣/١٠ ، سنن ابن ماجة ٧٧٨/٢ .

(٣) رواه مسلم والترمذي انظر نيل الأوطار ٣٠٣/٨ ، السنن الكبرى ٢٥٥/١٠ .

وهذان الحديثان فيهما دلالة على عدم القضاء بالنكول لأن الرسول صلى الله عليه وسلم جعل اليمين حقاً للمدعى عليه حيث أضافه إليه بلام التمليك (١) .

٤ - ماروي عن سالم أن ابن عمر باع غلاماً بثمانمائة فوجد به المشتري عيباً فخاصمه إلى عثمان رضي الله عنه فقال : بعته بالبراءة فقال : احلف لقد بعته ومابه عيب تعلمه قال بعته بالبراءة وأبى أن يحلف فرده عثمان عليه (٢) .

وفي هذا الأثر دليل على أن عثمان رضي الله عنه قدقضى على ابن عمر بنكوله ولم يرد اليمين على المدعي (٣) .

٥ - ماروي عن ابن أبي ملكية عن ابن عباس أنه أمره أن يستحلف إمرأة فأبت أن تحلف فألزمها ذلك (٤) .

وهذا الأثر أيضاً واضح في دلالته على جواز القضاء بالنكول .

ب - دليل الإجماع :

ذهب الحنفية إلى الإستدلال على جواز القضاء بالنكول بالإجماع حيث قالوا إن شريحاً كان يقضي بالنكول « وكانت قضاياه لاتخفى على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يعرف أنه أنكر عليه منكر فيكون إجماعاً منهم على جواز القضاء بالنكول » (٥) .

----

(١) تبين الحقائق ٢٩٤/٤ ، بداية المجتهد ٤٦٩/٢ ،
(٢) روضة القضاة ٢٧١/١ ، السنن الكبرى ٣٢٨/١٠ .
(٣) المغني ٢٣٦/٩ ، روضة القضاة ٢٧١/١ .
(٤) روضة القضاة ٢٧١/١ ، المحلى ٣٧٣/٩ ، البحر الزخار ٤١٠/٤ .
(٥) بدائع الصنائع ٣٩٣٥/٨ .

يقول صاحب روضة القضاة :

«وقضاء الصحابة والأئمة منتشر في الأمة ولوكان ذلك لايجوز لأنكروه»(١).

جـ- ادلتهم من المعقول:

إستدل القائلون بجواز القضاء بالنكول من المعقول بما يلي : -

١ - أن النكول عن حلف اليمين دال على أن المدعى عليه باذل لليمين عند أبي حنيفة ومقر بحق المدعي عند الصاحبين ولوكان الأمر غير ذلك لأقدم المدعى عليه على الحلف « إقامة للواجب - وهواليمين لأنها واجبة عليه لقوله صلى الله عليه وسلم (واليمين على من أنكر) وكلمة على للوجوب - ودفعاً لضررالدعوى عن نفسه » إذ أن في إحجامه عن الحلف تضعيفاً لحقه وتفويتاً لماله (٢) .

٢ - إن نكول المدعى عليه عن حلف اليمين أظهر صدق المدعي في دعواه وعندها يقضى له كما لو أقام بينة (٣) .

٣ - إن الشهادة لإثبات الدعوى واليمين لإبطالها كما يقول ابن رشد فإن نكل المدعى عليه عن اليمين وجب أن تثبت الدعوى عليه وإن نقلها إلى المدعي خلاف الأصل (٤) .

٤ - إن اليمين " بينة في المال فحكم فيه بالنكول كما لومات من لاوارث له فوجد الإمام في دفتره ديناً له على إنسان فطالبه به فأنكره ، وطلب منه اليمين فأنكره فإنه لاخلاف أن اليمين لاترد " (٥) .

---

(١) روضة القضاة ٢٧٣/١

(٢) تكملة فتح القدير ١٨٦/٨ ، معين الحكام ص ٩٦ .

(٣) بدائع الصنائع ٣٩٣٥/٨ .

(٤) بداية المجتهد ٢ / ٤٦٩ .

(٥) المغني ٢٣٦/٩ .

٥ - إستدل ابن رجب للقضاء بالنكول بما ذكره في القاعدة العاشرة بعد المائة بقوله : " من ثبت له أحد أمرين فإن إختار أحدهما سقط الآخر ، وإن أسقط أحدهما أثبت الآخر ، وإن امتنع منهما فإن كان امتناعه ضرراً على غيره استوفى له الحق الأصلي الثابت إذا كان مالياً ... وإن كان عليه حقان أصلي وبدل فامتنع عن البدل حكم عليه بالأصل " .

ثم مَثّل على ذلك بقوله :

" لو ادعى عليه فأنكر وطلب منه اليمين فنكل قضي بالنكول وجعل مقراً، لأن اليمين بدل عن الإقرار وعن النكول، فإذا امتنع عن البدل حكم عليه بالأصل"(١) .

٦ - ويمكن الإستدلال لأصحاب هذا الرأي بالقاعدة الفقهية المعروفة " لاينسب إلى ساكت قول ، ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى بيان بيان " .

يقول الشيخ الزرقاء :

" المراد بمعنى الحاجة الذي يكون فيه السكوت في حكم البيان والتعبير كل مواطن يلزم فيها التكلم لدفع ضرر أو غرر ، أو يكون فيها السكوت طريقة عرفية للتعبير .

لو سأل القاضي المدعى عليه عما يقول في دعوى المدعي فاعتصم بالسكوت يعتبر منكراً للدعوى فيكلف المدعي بالإثبات ، وإذا عجز عن الإثبات وطلب التحليف فعرضت اليمين على المدعى عليه فسكت أيضاً دون أن يحلف أو ينكل يعتبر ناكلاً عن اليمين ويقضى عليه لأن توقف سير المحكمة على كلامه يضر المدعي"(٢) .

----

(١) القواعد ص ٢٤٥ .

(٢) المدخل الفقهي ٢/٩٧٤ .

خامساً

شروط القضاء بالنكول عند القائلين به

يشترط للقضاء بالنكول مايلي:-

١ - أن يكون النكول في مجلس القضاء

إن النكول المعتبر الذي يقضي به القاضي أو ترد معه اليمين على الخلاف المعروف بين الفقهاء هو ذاك الذي يكون في مجلس القضاء ، ولا يعول مطلقاً على نكول المدعى عليه عن اليمين خارج المجلس، لأن المعتبر هو يمين قاطع للخصومة، ولا اعتبار لها خارج المجلس في قطع الخصومة والنزاع فكذا الحال بالنسبة للنكول. (١)

٢- أن يكون النكول بعد توجيه اليمين من القاضي فلا عبرة بنكول المدعى عليه عن حلف اليمين قبل ذلك (٢) .

٣ - إعلام القاضي من توجهت إليه اليمين بحقيقة النكول

ذهب المالكية إلى أن إخبار القاضي للمدعى عليه بحقيقة مايترتب على نكوله شرط في صحة الحكم وذلك بأن يقول له في دعوى التحقيق إن نكلت عن اليمين حلف المدعي واستحق دعواه ، وفي دعوى التهمة إن نكلت عن اليمين استحق المدعي ماادعاه بمجرد نكولك (٣) .

----

(١) المدخل الفقهي العام ٢/٩٧٤ .

(٢) المصدر السابق ٢/٩٧٤.

(٣) أقرب المسالك مع الشرح الصغير ٤/٣١٧ .

وذهب الحنفية إلى أنه ينبغي على القاضي - إحتياطاً - أن يقوم ببيان حقيقة النكول ومايترتب عليه للمدعى عليه لعدة احتمالات : -

أ - أن يكون المدعى عليه ممن لايرى القضاء بالنكول .
ب - أن يظن المدعى عليه بأن القاضي ممن لايرى القضاء بالنكول .
ج - أن يكون المدعى عليه قد لحقته خشية ومهابة من مجلس القضاء .

ومذهب الحنفية أن القاضي لو قضى بالنكول بعد عرض اليمين على المدعى عليه مرة واحدة جاز ، وأما تكرار عرض اليمين ثلاثاً فهوواجب عند الصاحبين ومطلوب من باب الإحتياط عند غيرهما من الحنفية (١) .

وإلى القول باستحباب اخبار القاضي المدعى عليه بمآل النكول وتكرار توجيه اليمين إليه ثلاثاً ذهب الشافعية والحنابلة (٢) .

----

(١) بدائع الصنائع ١٩٣٥/٨ ، تكملة فتح القدير ١٧٩/٨ ، روضة القضاة ٢٧٦/١ ، معين الحكام ص ٩٦ .
(٢) مغني المحتاج ٤٦٨/٤ ، أدب القضاء ، ص ١٨٦ ، المغني ٢٣٦/٩ ، الفروع ٤٨٣/٦ .

سادساً

تكييف النكول عند القائلين به

هل يعد النكول عن اليمين إقراراً من الناكل واعترافاً منه بحق المدعي ، أم يعد بذلاً وتسامحاً لصالح المدعي ؟ أم يعد شاهداً على صدق المدعي في دعواه ؟ هذا ماأردت بيانه تحت عنوان تكييف النكول .

ذهب الإمام أبوحنيفة إلى القول بأن النكول عن اليمين بذل إي إسقاط للنزاع وتسامح فيه وتنازل عن الحق للمدعي وترفع عن اليمين من قبل المدعى عليه ، ولايحمل عنده على أنه إقرار لأن هذا يستوجب الحكم على الناكل بالكذب وهو وصف مسقط للعدالة .

بينما ذهب الصاحبان من الحنفية - أبويوسف ومحمد - إلى القول بأن النكول عن اليمين إقرار من الناكل ودلالة على كذبه في الإنكار إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين الصادقة إقامة للواجب .

فالإمام أبوحنيفة إذن حمل النكول على معنى البذل فاشترط في القضاء بالنكول أن يكون في الأشياء التي يجري فيها البذل ، والصاحبان حملا النكول على معنى الإقرار فلم يشترطا ماشترطه الإمام (١) .

وكلام أبي حنيفة فرع عن توجه اليمين عنده ، فما لايمين فيه لايقضى فيه

---

(١) تكملة فتح القدير ١٧٦/٨ ، روضة القضاة ٢٧٣/١ ، بدائع الصنائع ٣٩٣٦/٨ .

بالنكول والمسائل التي لاتوجه فيها اليمين عند أبي حنيفة إضافة إلى الحدود سبعة النكاح (١) والرجعة (٢) والفيء في الإيلاء (٣) والاستيلاد (٤) والولاء (٥) والنسب (٦) والرق (٧) . وبناء عليه فإن هذه المسائل لايجري فيها البذل فلا يتصور القضاء فيها بالنكول ؟ ولأنه مع البذل لاتبقى اليمين واجبة لأن المدعي عليه قد تنازل عنها وسامح فيها بينما يرى الصاحبان أنه يقضى بالنكول في هذه المسائل لأنها من المسائل التي يستحلف فيها ويجري فيها الإقرار (٨) .

ومما ترتب على الخلاف في تكييف النكول عند أبي حنيفة وصاحبيه اختلافهم في النكول في دعوى القصاص حيث يرى أبوحنيفة أنه إذا كانت دعوى القصاص في النفس فإنه لايقضى بالنكول لابالقصاص ولا بالمال لكن يحبس المدعى عليه حتي يقر أو يحلف ، وإن كانت الدعوى في القصاص فيما دون النفس (الأطراف) فإنه يقضى بالقصاص في العمد وبالدية في الخطأ بينما يرى الصاحبان إلى أنه لاقصاص مطلقاً في الحالتين لكن يقضى بالدية والأرش .

وسبب ذلك أن النكول بذل عند أبي حنيفة والأطراف تحتمل البذل والإباحة في الجملة ويمثل لذلك بأن آفة لو أصابت يد إنسان فأمر غيره بقطعها فإنه يباح له

----

(١) كأن يدعي رجل على امرأة أنه تزوجها أو العكس وينكر المدعي عليه .
(٢) كأن يدعي الرجل بعدالطلاق وانقضاء العدة أنه راجع زوجته في العدة فأنكرت .
(٣) كأن يدعي الزوج بعد انقضاء مدة الإيلاء أنه كان رجع إليها في المدة فأنكرت .
(٤) كأن تدعي أمة على مولاها أنها ولدت منه ولداً فأنكر المولى .
(٥) كأن يدعي إنسان على مجهول النسب أنه معتقه ومولاه فينكر المجهول .
(٦) كأن يدعي إنسان على مجهول النسب أنه ولده فينكر المجهول .
(٧) كأن يدعي إنسان على مجهول النسب أنه عبده فينكر المجهول .
(٨) روضة القضاة ٢٧٣/١، تكملة فتح القدير ١٨٢/٨، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ص ٢٠٦ .

القطع صيانة للنفس ، فأما النفس فلا تحتمل البذل والإباحة بحال .

ومن ناحية أخرى فإن الذي أبيح له القطع لاضمان عليه إذا قطع بينما يضمن من أبيح له القتل فقتل وبهذا تكون الأطراف جارية مجرى المال بخلاف النفس .

ولما كان النكول إقراراً عند الصاحبين وهو إقرار فيه شبهة لأنه محتمل فلا قصاص عندهما لأنه يندرىء بالشبهة ، وإذا سقط القصاص وجب المال (١) .

وفي مسألة تكييف النكول يرى ابن القيم « أن النكول يقوم مقام الشاهد والبينة لامقام الإقرار ولاالبذل لأن الناكل قد صرح بالإنكار ، وأنه لايستحق المدعى به وهو مصر على ذلك متورع عن اليمين فيكف يقال إنه مقر مع إصراره على الإنكار ويجعل مكذباً لنفسه » (٢) .

ومارآه ابن القيم هو نفسه الذي ذهب إليه من بعد الشيخ البهوتي في شرح منتهى الإرادات حيث قال : " .... وحيث انتفى أن يكون (أي النكول) كالإقرار والبذل تعين أن يكون كالبينة لأنها اسم لما يبين من الحق ونكول عن اليمين الصادقة التي يبرأ بها مع تمكنه منها دليل ظاهر على صحة دعوى خصمه " (٣) .

----

(١) تكملة فتح القدير ١٨٦/٨ ، بدائع الصنائع ٣٩٣٦/٨ .
(٢) الطرق الحكميّة ص ١٧٢ .
(٣) شرح منتهى الإرادات ٤٩٢/٣ .

سابعاً

أدلة القائلين بعدم جواز القضاء بالنكول

إستدل القائلون بعدم جواز القضاء بالنكول بأدلة من الكتاب والسنة والآثار والمعقول على النحو التالي :

أ - أدلتهم من الكتاب :

١ - قوله تعالى (ذلك أدنى أن يأتوا بالشهادة على وجهها أو يخافوا أن ترد أيمان بعد أيمانهم) (١) (٢) .

هذه الآية فيها دلالة على نقل الأيمان من جهة إلى جهة (٣) .

وقد قال القرطبي في تفسيرها " قيل الضمير في يأتوا ويخافوا راجع إلى الموصى إليها وهو الأليق بسياق الآية وقيل المراد به الناس أي أحرى أن يحذر الناس الخيانة فيشهدوا بالحق خوف الفضيحة في رد اليمين على المدعي " (٤) .

----

(١) سورة المائدة آية (١٠٨) .

(٢) هذه الآية والآيتان التي قبلها من سورة المائدة تحدثت عن الإشهاد على الوصية في السفر وقد روى ابن عباس سبب نزولها بقوله : " كان تميم الداري وعدي بن بداء يختلفان إلى مكة فخرج معهما فتى من بني سهم فتوفي بأرض ليس بها مسلم ، فأوصى إليهما فدفعا تركته إلى أهله وحبسا جاماً - إناء - من فضة مخوصاً بالذهب فاستحلفهما رسول الله صلى الله عليه وسلم ماكتمتما ولا اطلعتما ثم وجد الجام بمكة فقالوا : اشتريناه من عدي وتميم فجاء رجلان من ورثة السهمي فحلفا إن هذا الجام للسهمي ولشهادتنا أحق من شهادتهما وما اعتدينا قال : فأخذوا الجام وفيهم نزلت « الآية » تفسير القرطبي ٣٤٦/٦ ، السنن الكبرى ١٦٤/١٠ .

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته ٥٢١/٦ .

(٤) تفسير القرطبي ٣٦٠/٦ .

ب - أدلتهم من السنة :

١ - ماورد في حديث القسامة الذي رواه مسلم وغيره (١) أنه حينما قتل عبدالله بن سهل في خيبر واتهم يهود بقتله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لأقاربه (أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم ؟ قالوا : لا قال فتحلف لكم يهود قالوا ليسوا بمسلمين فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده ... الخ)

وهذا الحديث فيه دلالة على أن الأيمان قد وجهت إلى المدعي إبتداء ولم توجه إلى المدعى عليه. مما يفيد أن توجيه اليمين باستمرار إلى المُدعى عليه ليس أمراً لازماً .

٢ - مارواه إسحق بن الفرات عن الليث بن سعد عن نافع عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم (رد اليمين على طالب الحق) (٢) .

وهذا الحديث واضح الدلالة على أن القضاء بالنكول لو كان جائزاً لما رد الرسول صلى الله عليه وسلم اليمين على طالب الحق (٣) .

٣ - مارواه ابن عباس رضي الله عنه من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم (قضى بيمين وشاهد) (٤) .

والحديث واضح الدلالة على أن المدعي قد قام بحلف اليمين وأنها قد وجهت إليه مع شاهده ولم توجه إلى المدعى عليه .

ج - أدلتهم من الآثار :

١ - مارواه الشعبي عن المقداد " أنه إستقرض من عثمان بن عفان رضي الله

----

(١) انظر أصل الحديث في صحيح مسلم ١٥١/١١ ، السنن الكبرى ١٨٢/١٠ ، نصب الراية ٣٩٢/٤ .

(٢) السنن الكبرى ١٠ / ١٨٤ ، سبل السلام ١٧٩/٢ .

(٣) من طرق الإثبات ص ٥٢ .

(٤) صحيح مسلم شرح النووي ٤/١٢ .

عنه سبعة الاف درهم فلما تقاضاه قال : إنما هي أربعة الاف فخاصمه إلى عمر رضي الله عنه فقال : إني قد أقرضت المقداد سبعة الاف درهم فقال المقداد إنما هي أربعة آلاف فقال المقداد : أحلفه إنها سبعة آلاف فقال عمر رضي الله عنه أنصفك فأبى أن يحلف فقال عمر خذ ما أعطاك " (١) .

وظاهر الحديث فيه دلالة على أن عمر رضي الله عنه قد استجاب لطلب المقداد رد اليمين على عثمان ، و عندما أبى عثمان الحلف قضى عليه بنكوله عن يمين الرد حيث قال له عمر خذ ما أعطاك .

وقد يفهم من الحديث أمر آخر وهو أن المقداد قد وجهت إليه اليمين بوصفه مدعى عليه فنكل عنها وردها على عثمان فأقر عمر الرد ولم يقض على المقداد بنكوله فدل فعل عمر على عدم جواز القضاء بالنكول (٢) .

د - ادلتهم من المعقول:

١ -أن المدعى عليه إذا نكل عن اليمين ظهر صدق المدعي وقوي جانبه فتشرع اليمين في حقه كالمدعى عليه قبل نكوله وكالمدعي إذا شهد له شاهد واحد (٣) .

٢ - إن النكول عن اليمين قد يكون نتيجة لجهل المدعى عليه بمآل النكول ، وقد يكون تورعاً عن الحلف على شيء غير متأكد منه ، وقد يكون خوفاً من عاقبة اليمين أو ترفعاً مع علمه بصدقه في إنكاره فلا يقضى بالنكول مع وجود هذه الإحتمالات (٤) .

----

(١) السنن الكبرى ١٠/١٨٤ .

(٢) من طرق الإثبات ص ٥٣ .

(٣) المغني ٩/٢٣٥ ، الفروع ٦/٤٧٧ .

(٤) المغني ٩/٢٣٥ .

٣ - إن صدق المدعي لايتحقق بمجرد نكول المدعى عليه للاحتمالات الطارئة على سبب النكول ، فلا يحكم له إلا إذا حلف ، وعندها تكون يمينه دليلاً عند عدم ماهو أقوى منها (١) .

٤ - إن البينة التي يثبت بها الحق ليست محصورة في جانب المدعي أو في جانب المدعى عليه بل هي اسم لما يبين به الحق كالشاهد مع اليمين ، والقسامة ، والوصف في اللقطة (٢) .

٥ - إن الرسول صلى الله عليه وسلم جعل البيِّنة حجة المدعي واليمين حجة المدعى عليه في الحديث المعروف، ولوكان النكول حجة لبينه عليه الصلاة والسلام (٣) .

ثامناً

مناقشة الأدلة

أ - مناقشة أدلة القائلين بجواز القضاء بالنكول :

١ - إن حديث البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر وغيره من الأحاديث التي طلبت فيها البينة من المدعي ، وإن كانت تمثل الأصل في الدعاوي والبينات ، إلا أنها لاتدل على أن جنس البيّنة ينبغي أن يكون في جانب المدعي ،

---

(١) المصدر نفسه ٢٣٥/٩ .

(٢) مجموعة فتاوي ابن تيمية ٢٩٠/٣٥ .

(٣) بدائع الصنائع ٣٩٣٥/٨ .

وجنس اليمين ينبغي أن تكون في جانب المدعى عليه باستمرار كما أنها لاتفيد حصر اليمين في جهة المدعى عليه نظراً لورود أحاديث صحيحة وجهت فيها اليمين إلى المدعي مثل حديث الشاهد واليمين وحديث القسامة .

وعليه فإن أحاديث البيّنات بينها عموم وخصوص ، فيحمل العام على الخاص الأمر الذي جعل كثيراً من علماء الأمة كأبن جريج ومالك والليث والشافعي وغيرهم يحلفون المدعي تارة ، ويحلفون المدعى عليه تارة أخرى .

ثم إن حديث الشاهد واليمين وأحاديث القسامة أصح من حديث البينة فيعمل بها عند التعارض (١) .

٢ - أما إستدلالهم بقضاء عثمان وابن عباس وابن عمر بالنكول فيرد عليه بما يلي :

أ - أنه قد روي القول بعدم القضاء بالنكول عن عمر وعلي والمقداد بن الأسود وغيرهم وماقول بعض الصحابة أولى من قول بعض .

ب - إن خبر عثمان رضى الله عنه قد روي من طريق آخر لايفيد بأنه رضي الله عنه قد قضى بالنكول جاء في المحلى أن مالك بن أنس روى هذا الخبر عن يحيى بن سعيد عن سالم بن عبدالله فقال فيه عن أبيه : فأبى أن يحلف وارتجع العبد . فدل هذا على أنه اختار أن يرتجع العبد فرده إليه عثمان برضاه فبطل بهذا أن يصح عن عثمان القضاء بالنكول " (٢) .

----

(١) مجموعة فتاوى ابن تيمية ٣٥/ ٢٩٠ ، نيل الأوطار ٤/ ٣٠٣ .

(٢) المحلى ٩/ ٣٧٥ .

والخبر إذا طرأ عليه الإحتمال بطل بها الإستدلال .

٣ - أما خبر ابن أبي مليكة فليس فيه دلالة على أن ابن عباس قضى بالنكول وإنما فيه أنه أمر باستحلافها فأبت فألزمها ذلك والضمير إشارة إلى اليمين، وليس في الخبر ذكر للغرامة .

يقول ابن حزم : « فإن قيل فإن نعيم روى عن اسماعيل بن عبدالملك الأسدي عن ابن أبي مليكة هذا الخبر فذكر فيه فإن لم تحلف فضمنها قيل له اسماعيل بن عبدالملك (١) مجهول لايدري أحد من هو واسماعيل بن عبدالرحن الأسدي متروك فبطل أن يصح في هذا شيء » (٢) .

٤ - أما إستدلالهم بالإجماع فليس مسلماً ، لأنه قد نقل القول برد اليمين على المدعي وعدم القضاء بالنكول عن عمر وعلي والمقداد وغيرهم .

وعلى فرض التسليم بأنه لم يعرف منكر لقضاء عثمان وشريح ، والتسليم من ناحية أخرى بحجية الإجماع السكوتي فإنه لاحجة لهم فيما ذهبوا إليه لأن مستند الإجماع هو العلم بعدم المخالف لا عدم العلم بالمخالف (٣) .

٥ - أما استدلالهم بالمعقول فيمكن الرد عليه بما يلي : -

أ- إن نكول المدعى عليه عن اليمين فيه احتمالات متعددة منها أن يكون ورعاً ، ومنها أن يكون كاذباً ويخشى عاقبة اليمين ، ومنها احتمال جهله بنتيجة النكول ، وحتى الذين قالوا إن النكول إقرار ، قالوا : إنه

----

(١) اسماعيل بن عبدالملك مختلف فيه ضعفه ابن معين والنسائي انظر تهذيب التهذيب ٣١٦/١ .
(٢) المحلى ٣٧٦/٩ .
(٣) من طرق الإثبات ص ٦٤ .

إقرار فيه شبهة فلا يقضى به في الحدودوالقصاص .

وإذا كان الأمر كذلك فإن على القاضي أن لايستند في القضاء ، وإصدار الحكم إلى أمر موهم محتمل ، بل عليه الإعتماد والإستناد إلى مايفيد القطع أو غلبة الظن ، ومن أجل ذلك فإنه لاينبغي أن يكون النكول أساساً للحكم عل الناكل ، ولا بد من شيء يتقوى به الحكم وهو رد اليمين ، خاصة وأن أحد مؤشرات النكول هو ظهور صدق المدعي في دعواه ، فيتقوى جانبه وتشرع اليمين في حقه كما شرعت على المدعى عليه قبل إنكاره نظراً لقوة جانبه .

ب - إن القضاء بالنكول قضاء بالمفهوم والقضاء بالنكول مع اليمين المردودة قضاء بالمنطوق ، وعند التعارض يقدم الإستدلال بالمنطوق على الإستدلال بالمفهوم (١) .

ج - أما قياس القضاء بالنكول في الأموال على من مات ولاوارث له فلا دلالة فيه ، لأن عدم رداليمين في هذه الحالة إنما هو لفوات محلها وهي حالة يتعذر فيها الرد وللضرورة أحكام .

يقول صاحب الفروع :

" لاخلاف بيننا أنه مالايمكن ردها يقضى بنكوله بأن يكون صاحب الدعوى غير معين كالفقراء .... الخ " (٢) .

ويقول ابن أبي الدم :

" إذا ادعى رجل على رجل ديناً ، وأنكر المدعى عليه فمات المدعي ولم

----

(١) من طرق الإثبات ص ٦٥ .

(٢) الفروع ٦/٩٧٨ .

يخلف وارثاً غير المسلمين قال الشيخ أبواسحق فيه وجهان :

أحدهما يقضى عليه بالنكول للضرورة .

والثاني وهو المذهب أنه لايقضى عليه بالنكول بل يحبس حتى يحلف أو يقر " (١) .

ب - مناقشة أدلة القائلين بعدم جواز القضاء بالنكول

١ - إن الإستدلال بقوله تعالى (ذلك أدنى أن يأتوا بالشهادة على وجهها أو يخافوا أن ترد أيمان بعد ايمانهم) ليس في محله ، لأنه ليس في الآية دليل على رد اليمين لأنها جاءت بعد قوله تعالى (فإن عثر على أنهما استحقا إثماً فآخران يقومان مقامهما من الذين استحق عليهم الأوليان فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وما اعتدينا إنا إذاً لمن الظالمين) (٢) .

وهذه الآية كما يرى الجصاص تدل على أنه لما ظهر شيء من مال الموصي في أيدي الشاهدين ، وزعما أنهما قد اشترياه منه ، أصبحا مدعيين للشراء ، ووجهت اليمين إلى الوارثين باعتبارهما مدعى عليهما وأما عن قوله تعالى (ذلك أدنى أن يأتوا بالشهادة على وجهها أو يخافوا أن ترد أيمان بعد أيمانهم. **فيقول الجصاص : -**

« يعني أن ماحكم الله به من ذلك من الأيمان وإيجابها تارة على الشهود فيما ادعي عليهما من الخيانة ، وتارة على الورثة فيما ادعى الشهود من شري شيء من مال الميت ، وأنهم متى علموا ذلك أتوا بالشهادة على وصية الميت على وجهها أو يخافوا أن ترد أيمان بعد أيمانهم ولا يقتصروا على أيمانهم ولايبرئهم من أن يستحق عليهم ماكتموه وادعوا شراءه إذا حلف

----

(١) أدب القضاء ص ٢٠٠ .

(٢) أحكام القرآن ٢ / ٤٩٤ .

الورثة على ذلك » (١) .

٢ - وأما إستدلالهم بحديث القسامة فيرد عليه بأنه لا دلالة فيه على رد اليمين، لأنه يحتمل أن يكون مافي الحديث هو حكم القسامة، ويحتمل أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال للأنصار تحلفون وتستحقون دم صاحبكم على سبيل الإنكار عليهم لأن اليمين لاترد على المدعي إلا بعد امتناع المدعى عليه، واليهود لم يحصل منهم الإمتناع عن اليمين، وإنما رفض الأنصار توجيه الأيمان إليهم بسبب كفرهم.

وإذا كان ظاهر الحديث يحتمل الأمرين فليس لنا أن نحمله على واحد منهما إلا ببينة وبرهان (٢) .

ثم إن بعض الأحاديث التي وردت فيها القسامة بينت أن الرسول صلى الله عليه وسلم طلب البينة من أولياء القتيل (٣) .كما في الحديث الذي يرويه البخاري عن سهل بن حثمة حيث جاء فيه قوله صلى الله عليه وسلم (... تأتون بالبينة على من قتله ، قالوا مالنا بينة قال فيحلفون قالوا لانرضى بأيمان اليهود ، فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يطل دمه فوداه مائة من إبل الصدقة) (٤) .

ولما كانت الروايات في قصة الأنصار ويهود خيبر قد اختلفت من حيث توجيه اليمين في القسامة فإن المختلف يرد إلى المتفق عليه وهو أن اليمين على المدعى

----

(١) أحكام القرآن ٢/٤٩٤ .

(٢) البناية في شرح الهداية ٨/٤٠٢ ، شرح معاني الآثار ١/١٤٩ .

(٣) مذهب الحنفية أن أ يمان القسامة توجه إلى المدعى عليه . أنظر العقوبة ص ٥٥٣ ، التشريع الجنائي ٢ / ٣٢٦ .

(٤) صحيح البخاري شرح فتح الباري ١٢ / ٢٨٣ .

عليه (١) .

ومن ناحية أخرى فإن حديث القسامة قد ورد على خلاف الأصل فلا يقاس عليه غيره - وظاهره تحليف المدعي أولاً فيكف يقاس عليه ضده وهو تحليف المدعى عليه أولاً فإن نكل حلف المدعي (٢) .

ولقد رد على هذا القول بأن مشروعية القسامة على هذا النحو أصل من أصول الشريعة لورود الدليل بها فتخصص بها الأدلة العامة (٣) .

٣ - وأما حديث الشاهد واليمين الذي استدلوا به فقد رده الحنفية بقولهم إنه معلول بالإنقطاع لأن فيه عمرو بن دينار وهو لم يسمع من ابن عباس ثم إنه على فرض صحته فإنه لايفيد العموم ، لأن قول الصحابي نهى صلى الله عليه وسلم عن كذا وقضى بكذا لايفيد العموم لأن الحجة في المحكي عنه لا في الحكاية والمحكي قد يكون خاصاً . (٤)

وقد رد ابن حزم الظاهري الإحتجاج بحديث الشاهد واليمين على رد اليمين بأن الحديث وإن كان صحيحاً إلا أنه لاحجة فيه لأن الرسول صلى الله عليه وسلم قد حكم للمدعي إبتداء بيمينه مع شاهده ، و لم يحكم برد اليمين عليه " فإن أبى فقد أسقط حكم شاهده ، وإذا أسقط حكم شاهده فلا بينة له ، وعندها توجه اليمين إلى المطلوب " (٥) .

----

(١) سبل السلام ١٧٩/٤ .

(٢) المحلى ٩ / ٣٧٩ ، نيل الأوطار ٧/ ٣٦ .

(٣) السراج الوهاج ٣٢٨/٦ ، نيل الأوطار ٣٦/٧ .

(٤) البداية على الهداية ٤٠٢/٨ ، حاشية ابن عابدين ٥٨٦/٤ .

(٥) المحلى ٣٧٩/٩ .

٤ - أما الإستدلال بحديث رد اليمين على طالب الحق فغير مسلم به لأنه خبر ضعيف لاتعرف صحته فيه محمد بن مسروق وهو غير معروف ، وفيه اسحق بن الفرات وهو مختلف فيه وقد تفرد به سليمان بن عبدالرحمن الدمشقي (١) .

٥ -أما الإستدلال بخبر المقداد الذي قال فيه البيهقي بأن صحيح الإسناد إلا أنه منقطع فغير مسلم به أيضاً لما يلي :

أ - ماذكره صاحب الجوهر النقي من أن في سنده سلمة بن علقمة وهو وان أخرج له مسلم إلا أن أحمد بن حنبل ضعفه كما ورد في كتاب الضعفاء (٢) .

ب - إنه خبر لايصح كما يقول ابن حزم لأنه من طريق الشعبي والشعبي لم يدرك عثمان ولاالمقداد فكيف عمر (٣) .

ج - أن الخبر لاحجة فيه « لأن فيه ذكر الرد من غير نكول المدعي عليه ولأنه مؤول بأن المقداد ادعى الإيفاء فأنكر عثمان فتوجهت عليه اليمين » (٤) .

د - أنه على فرض صحة خبر المقداد فلاحجة فيه لأنه قول صحابي عورض بغيره .

٦ - أما إستدلالهم بالمعقول فيمكن الرد عليه بما يلي : -

أ - إن نكول المدعى عليه عن اليمين تورعاً وإن كان أمراً محتملاً وممكناً إلا أنه احتمال نادر فاليمين الصادقة مشروعة ، والمتعارف بين الناس أن الإنسان لايفرط بحقه ويضيعه تحرزاً عن القيام بفعل مشروع .

----

(١) سبل السلام ١٧٩/٤ ، السنن الكبرى ١٨٤/١٠ ، المغني ٢٣٦/٩ .

(٢) الجوهر النقي على هامش السنن الكبرى ١٠ / ١٨٤ .

(٣) المحلى ٣٨١/٩ .

(٤) بدائع الصنائع ٣٩٣٦/٨ .

وإذا كان هذا الإحتمال نادراً فإنه لايبنى على نادر حكم. ومن المعلوم أن البيّنة حجة في القضاء مع كونها محتملة لكذب الشهود، لكن لما كان الظاهر منها هو الصدق فقد سقط اعتبار احتمال الكذب فكذا الأمر بالنسبة للنكول(١) .

ب - إن القول بأن النكول يقوم مقام الشاهد فيتقوى جانب المدعي باليمين قول مردود، لأن الإنسان قد ينكل عن اليمين خوفاً أو جهلاً بنتيجة النكول أو نحو ذلك، ولأن اليمين وجهت ابتداء مع الشاهد دون رد له من المدعى عليه (٢) .

ج -أما قولهم بأن الرسول صلى الله عليه وسلم ذكر أن البينة على المدعي وأن اليمين على المنكر ولو كان النكول حجة لذكره . فالجواب أنه عليه الصلاة والسلام ربما « لم يذكر النكول لأنه ليس بحجة ... وربما لم يذكره نصاً مع كونه حجة تسليطاً للمجتهدين على الإجتهاد ليعرف كونه حجة بالرأي والإستنباط » (٣) .

تاسعاً
الرأي المختار

وبعد:-

فهذه هي أهم وأبرز الأدلة التي استدل بها كل من القائلين بجواز القضاء بالنكول ، والقائلين بعدم جواز القضاء بالنكول والذي يبدو لنا والله أعلم .

----

(١) بدائع الصنائع ٨/٣٩٣٥ .
(٢) المحلى ٩/٣٧٩ .
(٣) بدائع الصنائع ٨/٣٩٣٦ .

١ - أن القضاء بالنكول لم يثبت ثبوتاً صريحاً بنص من كتاب أو سنة .

٢ - أن حديث البينة على المدعي واليمين على من أنكر لايؤخذ على عمومه في جميع الدعاوي نظراً لثبوت توجيه اليمين إلى المدعي كما هو الحال في حديث الشاهد واليمين وحديث القسامة .

٣ - أن حديث ابن عمر في رد اليمين على طالب الحق نص في الموضوع لو سلم من الطعن .

٤ - أن الإستدلال بقوله تعالى (أو يخافوا أن ترد أيمان بعد أيمانهم) لاحجة فيه لطروء الإحتمال عليه .

٥ - أما حديث القسامة فإنه لايحسم النزاع في رد اليمين لورود روايات طلب فيها اليمين ممن وجد فيهم القتيل وقد روي توجيه اليمين على هذا النحو عن عمر بن الخطاب (١) . وبهذا أخذ الحنفية وقد عقّب الشيخ أبوزهرة على ماذهب إليه الحنفية بقوله : -

" هذا تصوير القسامة عند الحنفية وهو تصوير يتفق مع القواعد الفقهية ذلك أن أهل الحي أو القبيلة التي وجد القتيل فيهم يكونون في وضع الإتهام على والبيّنة من ادعى واليمين على من أنكر " (٢) .

٦ - إن حديث القضاء بالشاهد واليمين حديث صحيح أخرجه مسلم وأبو داود والنسائي وقال فيه الحاكم أن عمرو بن شعيب سمع من ابن عباس عدة أحاديث وسمع من جماعة من أصحابه ، فلا ينكر أن يكون سمع منه حديثاً . وقال فيه ابن عبد البر لامطعن لأحد في إسناده (٣) .

----

(١) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ١٢ / ٢٨٣ ، نيل الأوطار ٧/ ٣٥ ٩.

(٢) العقوبة ص ٥٥٣

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي ١٢ /٤ ، نيل الأوطار ٢٣٢/٨ .

٧ - أنه قد ورد القول بالقضاء بالنكول عن عثمان وابن عباس وشريح وغيرهم وروي القضاء برد اليمين عن عمر وعلي والمقداد وغيرهم وليس قول بعضهم بأولى من قول بعض .

٨ - إن البيّنة أعم من أن تكون مخصوصة بالشهود ، و حملها على المعنى العام الذي يعني الحجة والبرهان ، وكل مايستبين به الحق أولى من حصرها في المعنى الخاص .

٩ - أن القضاء إنما شرع لحسم النزاع والفصل بين الخصومات وإبقاء المسائل معلقة ومرهونة باعتراف الناكل وإقراره أمر يطول ويؤدي إلى ضياع الحقوق خاصة عند أولئك الذين يقولون بسجن المنكر إذا نكل عن اليمين حتى يقر أو يحلف .

وبناء على هذه المعطيات فإنني أرى مايلي :

١ - القضاء بالنكول مع اليمين المردودة في الدعاوى المتعلقة بالمال أو مايقصد به المال ويمكن الإستدلال لهذا بمسألة اللعان حيث « بدىء بأيمان الزوج لقوة جانبه ومكنت المرأة من أن تعارض أيمانه بأيمانها فإن نكلت لم يكن لأيمانه مايعارضها فعملت عملها وقواها نكول المرأة فحكم عليها بأيمانه ونكولها » على خلاف في طبيعة الحكم الصادر هل هو السجن حتى تعترف أو تلاعن كما يرى الحنابلة والحنفية أم الحد كما يرى الشافعية والمالكية وهو مارجحه ابن القيم الجوزية (١)

٢ - القضاء بالنكول في كل حالة يتعذر فيها رد اليمين كما ذهب إلى ذلك

----

(١)الطرق الحكمية ١٧١ ، المغني ٧/٤٤٥ ، حاشية العدوي ٢/١٠١ .

الحنابلة (١) والشافعية (٢) في رواية ذكرها أبواسحق وفي كل حالة لا وجه فيها لرد اليمين كما ذهب ابن قيم الجوزية (٣) وعليه فإن قول الشافعية - حينما تساءلوا في مسألة الولي إذا ادعى على إنسان أنه أتلف مال الصبي فأنكر المدعى عليه هل ترد اليمين على الولي - إنه لايحلف على المذهب ولايقضي على المدعى عليه بالنكول بل يؤخر الأمر إلى بلوغ الصبي ليحلف أو ينكل .. قول بعيد لأنه لايزيد المسألة إلا تعقيداً فحفظ مال الصبي وعدم تضييعه والتوجيه إلى استثماره والدعوة إلى رد الحقوق إلى أصحابها بالسرعة الممكنة كل هذا يستوجب القول القضاء بالنكول .

وهنا انقل توجيه ابن القيم لقضاء عثمان رضي الله عنه على ابن عمر بنكوله حيث جاء فيه " فعثمان بن عفان قال لابن عمر أحلف بالله لقد بعت العبد ومابه داء علمته فأبى فحكم عليه بالنكول ، ولم يرد اليمين في هذه الصورة على المدعي ويقول له احلف أنت أنه كان عالماً بالعيب ، لأن هذا مما لايمكن أن يعلمه المدعي ، ويمكن المدعى عليه معرفته ، فإذا لم يحلف المدعى عليه لم يكلف المدعى باليمين ، فإن ابن عمر كان قد باعه بالبراءة من العيوب وهو إنما يبرأ إذا لم يعلم بالعيب فقال له احلف أنك بعته ومابه عيب تعلمه وهذا مما يمكن أن يحلف عليه دون المدعى فإنه قد تعذر عليه اليمين أنه كان عالماً بالعيب وأنه كتمه مع علمه به " (٤) .

----

(١) الفروع ٩٧٨/٦ . انظر ص ٢٧ من البحث .
(٢) أدب القضاء ص ٢٠٠ . انظر ص ٢٧ من البحث
(٣) الطرق الحكمية ١٧١ . انظر ص ٣٥ من البحث
(٤) الطرق الحكمية ١٧٩ .

وهذا توجيه قيم من ابن القيم جاء فيه أن " رد اليمين غير مناسب ولا وجه له في هذا الأثر الأمر الذي جعل عثمان بن عثمان رضي الله عنه يقضي بالنكول .

٣ - عدم جواز القضاء بالنكول في المسائل المتعلقة بالحدود والقصاص نظراً لقيام الشبهة وبها تدرأ الحدود .

٤ - عدم القول بسجن من وجهت إليه اليمين إذا نكل عنها حتى يقر أو يحلف لخطورته لأن المرء قد يصبر على السجن ويؤثره على الإقرار أو الحلف خاصة إذا كان السجن يحقق له المصالح ويجلب له المنافع ، وبهذا تضيع الحقوق ولما يحسم القضاء القضية .

وإنني أرى في مثل هذه الحالة القضاء بالنكول مع اليمين المردودة ويقوي هذا التوجه عندي أن النكول حجة ضعيفة لايصلح مستنداً للقضاء لطروء الإحتمال عليه - كما بينت من قبل - فلا يكفي مع هذا أن يكون علامة على صدق المدعي في دعواه ، وإن كان جانبه قد قوي بالنكول فتكون يمين الرد قوة إلى جانب قرينة النكول .

ويتقوى القول بالقضاء بالنكول ويمين الرد إذا علمنا أن القاضي لايقضي بهذا إلا بعد قيامه بعرض اليمين على المدعى عليه ، وبيان عواقب عدم الحلف الأمر الذي يجعل المدعى عليه على بينة فيختار مصيره بيده من غير خديعة ولا تغرير .

عاشراً

عودة الناكل عن نكوله
ورغبته في الحلف بعد القضاء

اتفق الفقهاء (١) على أن من قضى عليه القاضي بالنكول عن اليمين ، ثم أبدى رغبته في الحلف فإنه لاينظر إلى تلك الرغبة ، ولا يمكن من الحلف بل يبقى القضاء على حاله ٠

والسبب في ذلك أن الحلف قبل القضاء له أثر في إبطال كلام المدعى فيؤخذ بالإعتبار ، وأما الحلف بعد صدور الحكم فإن أثره في إبطال القضاء فلا يعتبر ٠

ثم إن القضاء كما يقول الشيخ الزرقاء « يصان عن الإلغاء ما أمكن لأنه لوجاز الإبطال لأمكن إلغاء كثير من الأقضية عن طريق إغراء الشهود فينتفى مبدأ إستقرار القضاء والمعاملات بين الناس » (٢) ٠

---

(١) معين الحكام ص ٩٦ ، المغني ٢٣٦/٩ ، الشرح الصغير على أقرب المسالك ٣١٨/٤ ، أدب القضاء ص ١٨٦ ٠

(٢) المدخل الفقهي العام ٢/ ١٠٥٩ ٠

حادي عشر

هل يعد النكول نفسه قضاء فيحكم للمدعي به ؟

ذهب الحنفية إلى أن النكول نفسه ليس قضاء وأنه لايحكم للمدعي به ، بل إنه يحتاج إلى صدور حكم قضائي ذلك أن الحق لايلزم بالنكول حتى ينضم إليه القضاء كما هو الحال في الشهادة ، فإن الحق لايلزم بالشهود حتى ينضم إلى شهادتهم حكم الحاكم (١) . وهذاهو قول الحنابلة (٢) وقول المالكية في دعوى التهمة (٣) .

وذهب المالكية فيما يتعلق بدعوى التحقيق وأبوالخطاب من الحنابلة إلى أن النكول نفسه لايثبت به الحق ولابد من يمين المدعي وبعدها يصدر القاضي حكمه(٤) .

والنكول نفسه لايعد قضاء عند الشافعية القائلين بعدم جواز القضاء بالنكول ، وهم يقولون إن المدعى عليه إذا وجهت إليه الدعوى فسكت ولم يقر أو ينكر فإن القاضي يقول له إن لم تجب جعلتك ناكلاً وأحلف المدعي على دعواه فإذا استمر في سكوته طلب منه الرد ثلاثاً استحباباً فإن لم يجب حلف المدعي فإن حلف ثبت الحق على المدعى عليه (٥) .

----

(١) روضة القضاة ١/ ٢٧٥ .

(٢) المغني ٩ / ٢٣٥ ، الفروع ٦/ ٤٧٧ .

(٣) تبصرة الحكام ١/ ٣٩٧ ، حاشية العدوي ٢/ ٣١٢ .

(٤) بداية المجتهد ٢/ ٣٦٩ ، المغني ٩/ ٢٣٥ .

(٥) أدب القضاء الطبعة الثانية ، ص ٢٢٢ .

فالظاهر إذن من أراء الفقهاء أنه لابد من صدور حكم من القاضي لإثبات الحق ذلك أن الحق لايثبت بمجرد النكول أو النكول مع اليمين وهذا ما عليه العمل في القضاء في العصر الحاضر .

ثاني عشر

الفرق بين نكول المدعي عن يمين الرد ونكول المدعى عليه عن اليمين

ذهب الشافعية إلى أن يمين الرد إذا صارت في جانب المدعي بنكول المدعى عليه أو سكوته أو صريح رده فنكل عنها فإن القاضي لايقضي بنكوله قبل سؤاله عن السبب بينما لايسأل القاضي المدعى عليه عن سبب نكوله وأصل التفريق « أنه بنكول المدعى عليه وجب للمدعي حق في رد اليمين عليه فلم يجز للحاكم التعرض لإسقاطه بسؤال المدعى عليه ، وبنكول المدعي لايجب لغيره حق فجاز سؤاله عن سبب إمتناعه » (١) .

و ذهب الحنابلة في الرواية التي اختارها أبو الخطاب إلى إظهار فرق آخر وهو أن المدعي إن نكل عن يمين الرد سئل عن سبب نكوله فإن قال لاأريد أن أحلف سقط حقه في اليمين ، فلو أراد حلفها لاتسمع منه ، بينما يصح للمدعى عليه لو نكل عن اليمين أن يعود إليها قبل إصدار الحكم ، ولايسقط حقه في اليمين لأنها أصل بالنسبة إليه فمتى قدر عليها أو بذلها وجب قبولها أما يمين المدعي فهي بدل فإذا امتنع عنها لم ينتقل الحق إلى غيره ، وسقط حقه فيها لضعفها (٢) .

----

(١) أدب القضاء ص ١٧١ .

(٢) المغني ٢٣٦/٩ .

ثالث عشر

القضاء بالنكول في القانون

أردت بهذا العنوان أن أبين ماعليه العمل في القانون الأردني والقانون الإماراتي فقط .

ورد في كتاب البينات في المواد المدنية والتجارية (١) الذي يتناول الحديث عن قانون البينات الأردني مايلي :

" تنص المادة (٦٠) من قانون البينات على أن كل من وجهت عليه اليمين فنكل عنها دون أن يردها على خصمه وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه".

أما بالنسبة لقانون دولة الإمارات العربية المتحدة فقد نصت المادة (٦٠) من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الصادر بموجب القانون الإتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢ على مايلي : -

" كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون أن يردها على خصمه ، وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه " .

ويلاحظ أن نص المادتين واحد وأنهما تحملان الرقم نفسه (٦٠) ولاعجب في ذلك فالقانون الأردني هو أصل للقانون الإماراتي (٢) .

----

(١) البينات في المواد المدنية والتجارية د. مفلح القضاة ص ١٧٩ .

(٢) انظر مقدمة العقود المسماة ، د. وهبة الزحيلي .

ويلاحظ أيضاً أن كلاً من القانون الأردني والقانون الإماراتي قد أخذ بالقضاء بالنكول كما أخذ برد اليمين .

والمادتان فيهما دلالة على مايلي :

١ - أن المدعى عليه إذا امتنع عن حلف اليمين ولم يردها على المدعي فإنه يقضي عليه بنكوله ويكسب المدعي دعواه .

٢ - أن اليمين إذا ردت على المدعي فنكل عنها فإنه يقضي عليه بنكوله فيخسر دعواه وتبرأ ذمة المدعى عليه .

وبعد فهذا ماقدرني الله عليه من الكتابة في بحث " حجية القضاء بالنكول " وقد رجعت فيه إلى مايزيد على أربعين مرجعاً بين قديم وحديث ، وحاولت قدر جهدي أن أحيط بجوانب الموضوع وأجمع شتاته من بطون الكتب المختلفة بعبارة سهلة ميسرة دون تطويل ممل أو إختصار مخل مراعياً طبيعة النشر في المجلات العلمية ، ولاأزعم أنني قد أتيت على كل شيء فالكمال لله وحده ورحم الله من أهدى إلينا عيوبنا ، فإن وُفقت فالحمد لله وإن كانت الأخرى فأسأله تعالى أن يغفر الزلات ويتجاوز عن السيآت ٠

{ ربنا لاتؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا
ربنا ولاتحمل علينا إصراً كما حملته على الذين من قبلنا
ربنا ولاتُحملنا مالاطاقة لنا به ، واعف عنا ، واغفر لنا
وارحمنا أنت مولانا فانصرنا على القوم الكافرين } ٠

والحمد لله رب العالمين ،،،

مراجع البحث

أولا: كتب التفسير:

١ - أحكام القرآن - الجصاص (أبو بكر أحمد بن علي ت ٣٧٠)
دار الكتاب العربي - لبنان

٢ - الجامع لأحكام القرآن -القرطبي (أبو عبدالله محمد بن أحمد ت٦٧١)هـ
دار الكتاب العربي - القاهرة

٣ - المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز - ابن عطية (أبو محمد عبدالحق بن عطية) .
وزارة الأوقاف - قطر

ثانيا: كتب الحديث:

٤ - سبل السلام - الصنعاني (محمد بن اسماعيل سنة ١١٨٢ هـ .
دار الفرقان - عمّان

٥ - السراج الوهاج من كشف مطالب صحيح مسلم بن الحجاج - صديق حسن خان -
إدارة إحياء التراث الإسلامي - قطر .

٦ - سنن ابن ماجه - القزويني (محمد بن يزيد ت ٢٧٥ هـ)
دار الفكر

٧ - السنن الكبرى - البيهقي (أبوبكر أحمد بن الحسين ت ٤٨٥) وعلى هامشه الجوهر النقي لابن التركماني ت ٧٤٥ هـ .
مكتبة المعارف - الرياض .

٨ - شرح معاني الآثار -(الطحاوي أبوجعفر بن محمد ت ٣٢١)
دار الكتب العلمية

٩ - صحيح البخاري بشرح فتح الباري - البخاري محمد بن اسماعيل - دار الكتب العلمية - بيروت

١٠ - صحيح مسلم بشرح النووي (الإمام مسلم بن الحجاج القشيري ت ٢٦١ هـ) - المطبعة المصرية

١١ - نصب الراية لأحاديث الهداية - الزيلعي (عبدالله بن يوسف الحنفي ت ٧٦٢ هـ - دار إحياء التراث العربي - بيروت .

١٢ - نيل الأوطار - الشوكاني (محمد بن علي ت ١٢٥٠)

ثالثاً: كتب الفقه :

١٣ - البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار - المرتضى أحمد بن يحيى ت ٨٤٠ هـ) - مطبعة المدني - القاهرة

١٤ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - الكاساني (علاء الدين أبوبكر بن مسعود ت ٥٨٧ هـ) - مطبعة الإمام - القاهرة

١٥ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد - ابن رشد (أبوالوليد محمد بن أحمد ت

٥٩٥) - دار المعرفة - بيروت

١٦ - البناية في شرح الهداية - العيني (أبومحمد محمود بن أحمد)
دار الفكر - بيروت

١٧ - تبصرة الحكام في أصول الأقضية والأحكام - ابن فرحون (برهان الدين إبراهيم بن علي ت ٧٩٩ هـ)
مكتبة الكليات الأزهرية

١٨ - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق - الزيلعي (فخر الدين عثمان بن علي)
دار المعرفة - بيروت

١٩ - تكملة فتح القدير - قاضي زادة
مطبعة مصطفى الحلبي

٢٠ - حاشية العدوي على رسالة ابن أبي زيد - العدوي (علي الصعيدي)
دار الفكر - بيروت

٢١ - حلية العلماء في معرفة مذاهب العلماء الشاشي (القفال سيف الدين أبوبكر محمد بن أحمد)
تحقيق د. ياسين درادكة - دار الباز - مكة المكرمة .

٢٢ - الرد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين) ابن عابدين (محمد أمين ت ١٢٥٢ هـ)
طبعة مصورة - بيروت

٢٣ - روضة القضاة وطريق النجاة - السمناني (أبوالقاسم علي بن محمد)
مؤسسة الرسالة

٢٤ - الشرح الصغير على أقرب المسالك - الدردير (أبو البركات
أحمد بن محمد
دار المعارف - القاهرة

٢٥ - الطرق الحكمية في السياسة الشرعية - ابن قيم الجوزية
مطبعة المدني - القاهرة

٢٦ - الفروع - المقدسي (شمس الدين محمد بن مفلح ت ٧٦٣)
عالم الكتب

٢٧ - القواعد - ابن رجب (أبو الفرج عبدالرحمن ت ٧٩٥)
دار المعرفة - بيروت

٢٨ - كتاب أدب القضاء - ابن أبي الدم ـ شهاب الدين أبواسحق ابراهيم
ت ٦٤٢)
تحقيق د . محمد الزحيلي - دار الفكر - دمشق

٢٩ - مجموعة فتاوي ابن تيمية (أحمد ابن تيمية)

٣٠ - المحلى ابن حزم (أبو محمد علي بن أحمد ت ٤٥٦ هـ
دار الافاق الجديدة

٣١ - معين الحكام - الطرابلسي ـ علاء الدين أبو الحسن على بن خليل)

مطبعة مصطفى الحلبي

٣٢ - مـعين الحكام علي القـضـايا والأحكام - ابن عـبـدالرفـيع - أبـو اسـحق ابراهيم بن حسن ت ١٣٣٢ هـ
دار الغرب الإسلامي

٣٣ - المغني - ابن قدامة (أبو محمد عبدالله بن أحمد)
مكتبة الرياض الحديثة

٣٤ - مـغني المحتـاج إلى معـرفة مـعاني ألفـاظ المنهـاج - الشربيني . محـمد الخطيب)
مطبعة مصطفى الحلبي

رابعاً: كتب الرجال:

٣٥ - تهذيب التهذيب - العسقلاني (أحمد بن علي بن حجر سنة ٨٥٢
مطبعة دائرة المعارف - الهند

خامساً: كتب القواميس واللغة:

٣٦ - ترتيب القاموس المحيط الزاوي الطاهر أحمد
دار المعرفة - بيروت

٣٧ - المعجم الوسيط إبراهيم أنس ورفقاه
مجمع اللغة العربية - القاهرة

سادساً: كتب حديثة

٣٨ - التشريع الجنائي الإسلامي عبد القادر عودة
دار التراث العربي القاهرة

٣٩ - الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (العقوبة) أبوزهرة (محمد)
دار الفكرالعربي

٤٠ - الفقه الإسلامي وأدلته - الزحيلي - (وهبة مصطفى)
دار الفكر

٤١ - المدخل الفقهي العام - الزرقاء - (مصطفى أحمد)
دار الفكر

٤٢ - من طرق الإثبات في الشريعة والقانون - أحمد عبدالمنعم البهي
دار الفكر العربي - القاهرة

٤٣ - نظام القضاء في الشريعة الإسلامية - عبدالكريم زيدان
الطبعة الأولى - بغداد

النظر في المظالم
نشأته وتطوره وإختصاصه القضائي
دراسة في تاريخ النظم الإسلامية

د . حميدان بن عبدالله الحميدان *

---

* استاذ مشارك بقسم الدراسات الاسلامية بكلية التربية جامعة الملك سعود بالرياض له العديد من البحوث في تاريخ الفقه الاسلامي والنظم الاسلامية .

مقدمة

عندما نزلت الشريعة الإسلامية علي رسول الله صلى الله عليه وسلم كان المجتمع العربي يعاني من مشكلات الفوضى وعدم النظام، والتظالم بين الناس، وإنكار الحقوق. ولما كانت الرسالة المحمدية رسالة هدى وخير للبشرية لإسعادها في الدنيا والآخرة، فقد اهتمت بهذا الجانب التنظيمي إهتمامها بالجانب العقدي. وما أن نشأت الدولة الإسلامية الأولى في المدينة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى إهتم التشريع بالجانب القضائي، ونزل الوحي عليه صلى الله عليه وسلم مبينا الدعائم الأساسية للقضاء بذكر أركانه الثلاثة المتمثلة في مادة القضاء، ومن يتولاه، والزام الناس بالتقاضى إليه وقد كان الرسول عليه الصلاة والسلام يتولى القضاء بحكم ولايته العامة، وقد بين القرآن أسس النظام الإسلامى في القضاء، حيث حدد القرآن الكريم لذلك عناصر رئيسية ثلاثة هي: جهة التقاضي، وكانت إلى الرسول عليه الصلاة والسلام حيث جاءت الآيات القرآنية ملزمة للمسلمين بعرض خصوماتهم عليه فقال الله تعالى: (فلا وربك لايؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لايجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليما).[1] وقال تعالى: (إنما كان قول المؤمنون إذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا)[1]. هذه السلطة لم تكن مقصورة على الرسول في حياته فقط، بل أن ذلك أمر وكل أيضاً إلى كل من ولي أمر

(١) القرآن الكريم : النساء ٦٥.

(٢) القرآن : النور ٥١.

المسلمين بعده بدليل أن الركن الثاني للقضاء فى الإسلام والذي يحدد السلطة التنفيذية التي تأخذ على عاتقها تنفيذ الأحكام القضائية قد جعلت للرسول عليه الصلاة والسلام في حياته، ثم لكل من ولي الأمر من المسلمين بعده، وقد كان الأمر بالطاعة لما يصدر عن الرسول عليه الصلاة والسلام من أحكام ، مقروناً بالأمر بالطاعة أيضاً لما يصدر عن أولي الأمر من الحكام المسلمين، فالله سبحانه وتعالى يقول: (ياأيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعواالرسول وأولي الأمر منكم).[1] فالذين يتولون أمور المسلمين من الولاة والقضاة يجب طاعتهم وتنفيذ ما يصدر عنهم من أحكام.

أما الركن الثالث من نظام القضاء الاسلامى كما ورد في القرآن الكريم. فيتعلق بالتشريع الذي يجب أن يلتزم به من يتولى القضاء، وهو مادة التقاضي فالله سبحانه وتعالى وهو يبين مهمة الرسل أوضح مادة التقاضي التي يجب أن يعتمد عليها ويحكم بموجبها فالله يقول : (وأنزل معهم الكتاب والميزان بالحق ليحكم بين الناس فيما اختلفوا فيه).[2] كما خاطب الله سبحانه نبيه عليه الصلاة والسلام بقوله : (إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله).[3] وقال تعالى : (فأحكم بينهم بما أنزل الله).[4] كما حذر الله سبحانه وتعالى الذين يحكمون

---

(١) القرآن : النساء ٥٩.

(٢) القرآن: البقرة ٢١٣.

(٣) القرآن: النساء ١٠٥.

(٤) القرآن :المائدة ٤٨.

بغير ما أنزل الله بقوله تعالى: (ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون). وقال :(فأولئك هم الظالمون) وقال :(فأولئك هم الفاسقون).[1] كل هذه الآيات الكريمات جاءت لتبرز ركناً هاماً من أركان القضاء ويتمثل في التشريع الذي يحكم به، وهو ما أنزل الله على رسوله من الأحكام .

أهمية العدل في الحكم وتحريم الظلم:

وإذا كان القرآن الكريم قد رسم في الآيات الكريمات السابقة نظاماً متكاملاً للتقاضي، فإنه قد حث الحكام من ولاة وقضاة على الحكم بالعدل من خلال التشريع الذي أنزله الله على رسوله، وقد أكد هذا المعني في قوله تعالى:(وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل).[2] والعدل لايكون معروفاً إلامن خلال ما أنزل الله من تشريعات، لذلك إعتبر الحاكمين بغير ما أنزل الله من الظالمين، حيث لا وسيلة للتحقق من عدالة حكمهم. والعدل في الحكم يجب أن يكون متاحاً للجميع، ولايتأثر الذين يتولونه بما بينهم وبين من يحكمونهم من صداقات أو عداوات، ولذلك يقول الله تعالى : (يأيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط، ولايجرمنكم شنئان قوم على أن لاتعدلوا إعدلوا هو أقرب للتقوى).[3] وقد نزل التشريع من عند الله بتحريم

---

(١) القرآن : المائدة ٤٤، ٤٥، ٤٧.

(٢) القرآن : النساء ٥٨.

(٣) القرآن : المائدة ٨.

الظلم، ونهى الله سبحانه وتعالى عنه وجعل عاقبته الهلاك لما فيه من المفاسد، فقال الله تعالى: (وتلك القرى أهلكناهم لماظلموا).[1] كما قال تعالى : (فويل للذين ظلموا من عذاب يوم أليم).[2] وقال تعالى : (إنما السبيل على الذين يظلمون الناس)[3] وقال الرسول عليه الصلاة والسلام:«إن المقسطين عند الله على منابر من نور عن يمين الرحمن وكلتا يديه يمين . الذين يعدلون في حكمهم وما ولوا».[4] كما أن الظلم يتسبب في إختلال نظام المجتمع، وبه تعم الفوضى، وقد أشار إلى آثاره السيئة العلامة ابن خلدون في مقدمته بقوله :« وإعلم أن هذه هي الحكمة المقصودة للشارع في تحريم الظلم، وهو ما ينشأ عنه من فساد العمران وخرابه، وذلك مؤذن بانقطاع النوع البشري، وهي الحكمة العامة المراعية للشرع في جميع مقاصده الضرورية الخمسة من حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال».[5] وقد ورد في الحديث القدسي أن الله سبحانه وتعالى يقول:(ياعبادي إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرماً فلا تظالموا ياعبادي).[6] وقال عليه الصلاة والسلام: «إتقوا

(١) القرآن : الكهف ٥٩.

(٢) القرآن : الزخرف ٦٥.

(٣) القرآن : الشورى ٤٢.

(٤) القشيري، مسلم بن الحجاج النيسابوري. صحيح مسلم، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة، ١٣٧٥هـ - ١٩٥٥م، جـ٣، ص ١٤٥٨.

(٥) ابن خلدون، عبد الرحمن بن محمد بن أبي بكر، المقدمة، دار القلم، بيروت ١٩٨١، ص ٢٨٨.

(٦) القشيري، المصدر السابق، جـ٤، ص ١٩٩٤.

الظلم فإن الظلم ظلمات يوم القيامة».[1] كما شدد في عقوبة الظالم وإنتقام الله منه عندما قال صلى الله عليه وسلم « إن الله عز وجل يملى للظالم فإذا أخذه لم يفلته».[2] وتدل الآيات القرآنية السابقة والأحاديث النبوية التي أشرنا إليها، على أن الإسلام إهتم منذ أول عهده بقضية تحقيق العدالة بين الناس، ورفع الظلم عنهم ، وقد تولى النبي صلى الله عليه وسلم بنفسه القيام بهذه المهمة، فكان هو القاضي الأعلى في الدولة الإسلامية في مرحلة مبكرة من ولادتها، وتنص صحيفة المدينة في آخر مادة من موادها على تلك المهمة له صلى الله عليه وسلم بالقول:«وأنه ما كان بين أهل هذه الصحيفة من حدث أو اشتجار يخاف فساده فإن مرده إلى الله عز وجل وإلى محمد رسول الله ».[3] ولما كان المجتمع البشرى لايخلو من الظلم ووجود من لا ينصف من نفسه لذا اقتضي الأمر أن يهتم الإسلام ممثلاً في رسوله الكريم بهذه القضية ولذا نجد التأكيد عليها فيما سبق من الإقتباسات من الآيات القرآنية والاحاديث النبوية.

---

(١) البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل الجعفي، صحيح البخاري، تحقيق : د. مصطفى ديب البغا، نشر وتوزيع دار ابن كثير، ودار اليمامة، بيروت، دمشق ١٤٠٧هـ - ١٩٧٨م. جـ٢، ص ٨٦٤، القشيري، المصدر السابق، جـ٤، ص١٩٩٦.

(٢) البخاري، المصدر السابق، جـ٤، ص ١٧٢٦، القشيري، المصدر السابق، جـ٤، ص ١٩٨٧م.

(٣) ابن هشام، عبد الملك، السيرة النبوية، تحقيق : مصطفى السقا وآخرون، نشر دار إحياء التراث، بيروت ١٣٩١هـ-١٩٧١م، جـ٢ ص ١٤٩ - ١٥٠.

شمولية الإختصاص القضائي في الإسلام:

نزل التشريع على النبي صلى الله عليه وسلم ، وبدأ تطبيقه على المجتمع الإسلامي في الدولة الإسلامية الأولى في المدينة، وكما بينا سابقاً فقد كان الرسول هو القاضي الأعلى في الدولة الإسلامية يشرف بنفسه على أمور الناس ومعاملاتهم، ويقضي بينهم في خصوماتهم سواء منها ماكان تنازعاً فردياً، أو كان تنازعاً بين الأفراد والعمال الذين بعثهم الرسول عليه الصلاة والسلام للقيام بأعباء الإدارة والحكم في عهده. وكما يلاحظ من الآيات القرآنية، سواء تلك التي تناولت سلطة الرسول عليه الصلاة والسلام القضائية، أو تلك التي حددت الأسس الإسلامية في التقاضي، فإنها لم تفرق بين أنواع التنازع، وبالتالي فيدخل ضمن الإختصاص القضائي لمن يتولى القضاء النظر في كل المنازعات، بصرف النظر عن نوعية النزاع أو المتنازعين سواء كانوا أفراداً عاديين بصفاتهم الشخصية، أو بين الأفراد العاديين وآخرين بصفاتهم المعنوية ووظائفهم الرسمية، فالكل أفراداً وولاة، محكومون بسيادة الشريعة وولايتها العامة ، وإختصاص القضاء فيها الفصل في كل المنازعات مهما كان نوعها .

وقد أشار بعض الباحثين على صعيد المقارنة بين النظم الإسلامية وغيرها إلى أن خبراء القانون يتحدثون عن نوعين من أساليب الرقابة القضائية على أعمال الإدارة فعلى حين تتجه بعض النظم القانونية إلى النظام القضائي الموحد، حيث يكون القضاء له ولاية كاملة، وإختصاص شامل للمنازعات بين الأفراد، وكذلك التنازع بين الأفراد والإدارة الحكومية، وبالتالى فالقضاء في هذه الحالة شامل للقضاء العادي والقضاء الإداري كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا. وفي الوقت نفسه

يوجد في بعض النظم القانونية نظام قضائي مزدوج، حيث يكون هناك نظام قضائي للفصل في المنازعات الفردية بين الناس، كما أن هناك نظاماً قضائياً خاصاً أطلق عليه مسمى القضاء الإداري، يحكم في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد والجهات الإدارية بسبب ممارستها لصلاحياتها الإدارية.[1] أما النظام القضائي الإسلامي والمعتمد على الشريعة الإسلامية فله الولاية العامة، وعلى القاضي المسلم أن يفصل في كل المنازعات، بين الأفراد، أو بين الأفراد وبين من يتولى أمورهم من الولاة. ولم يستثن من ذلك أحد فالنبي صلى الله عليه وسلم ضرب أروع الأمثلة في تطبيق هذه الشمولية في الإختصاص القضائي، عندما شرع أن من حق المسلمين أن ينتصفوا من ولاتهم وقد ورد عنه صلى الله عليه وسلم أنه أقاد من نفسه، فقد روى النسائي عن أبي سعيد الخدري قال: « بينما رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم شيئاً إذ كب عليه رجل فطعنه رسول الله صلى الله عليه وسلم بعرجون كان معه، فصاح الرجل، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم تعال فاستقد قال: بل عفوت يارسول الله».[2] وفي حادثة أخرى، روى أبو داود عن أسيد بن حضير عن رجل من الأنصار قال : بينما هو يحدث القوم وكان فيه مزاح بين يضحكهم ، فطعنه النبي صلى الله عليه وسلم في خاصرته فقال أصبرني قال: أصطبر قال: إن عليك قميصاً وليس على قميص، فرفع النبي صلى الله عليه وسلم عن قميصه ، فاحتضنه وجعل يقبل كشحه، وقال إنما

---

(١) الحكيم، سعيد عبد المنعم، الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم المعاصرة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٦م، ص ٢٦٠.

(٢) النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب، سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غده، الطبعة الثالثة مصورة عن المطبعة المصرية، نشر دار صادر بيروت ١٤٠٩ - ١٩٨٩م. جـ٨ ص٣٢.

أردت هذا يا رسول الله ».[1] وحينما غلا السعر في عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام قال الناس: غلا السعر يارسول الله فسعر لنا، فكان جوابه صلى الله عليه وسلم :«إن الله هو المسعر الباسط الرازق ، وإني لأرجو الله أن ألقى الله وليس أحدكم يطلبني بمظلمة » .[2] فإذا كان النبي صلى الله عليه وسلم يقيد من نفسه عن التصرفات التي صدرت عنه بصفته مسؤولاً في الدولة، فإن ذلك يعد تشريعاً لولاة الأمور من بعده وأن قراراتهم الإدارية لابد أن تكون موافقة لأحكام الشرع، وإذا حدث حولها تنازع أو جرى عليها إعتراض، فأن مرد ذلك للقضاء وقد قضى الرسول عليه الصلاة والسلام في مثل ذلك في الحوادث المشار إليها سابقاً بصفته قاضياً أعلى للدولة الإسلامية، فإن ذلك دليل كاف على شمولية الإختصاص القضائي في الإسلام .

إن الفصل في منازعات الأفراد وفي تظلمات الناس من ولاتهم ، كلها تدخل ضمن الإختصاص القضائي العادي ، وهذا ما تدل عليه الآيات القرآنية وسنة الرسول عليه الصلاة والسلام . ففي عهده عليه الصلاة والسلام كانت كل هذه الأمور مردها إلى الله وإلى رسوله ليحكم فيها. وإذا كان فصل التنازع بين الأفراد في خصوماتهم من الأمور المستفيضة في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وبالتالي فلاحاجة إلى إيراد الأمثلة على ذلك فنكتفي فقط بذكر أمثلة من القضايا التي رفعت إلى النبي

---

(١) السجستاني، أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي، سنن أبي داود، تحقيق : محمد محي الدين عبد الحميد، مطبعة السعادة، القاهرة ١٣٧١هـ-١٩٥١م، جـ٤، ص ١٩٨٢.
« وأصبرني: أي مكنّي من القصاص. واصطبر : أي اقتص.»

(٢) البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية حيدر آباد، ١٣٥٢هـ، جـ٦، ص٢٩.

عليه الصلاة والسلام ضد عماله الذين بعثهم في مهمات رسمية تتعلق بأعمال الإدارة ففي حديث عائشة «أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث أبا جهم بن حذيفة مصدقاً فلاحه رجل في صدقته، فضربه أبو جهم فشجه فأتوا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا: القود يارسول .. الخ». فما زال النبي صلى الله عليه وسلم بهم حتى أرضاهم بالعوض.[1] وعندما وفد على النبي صلى الله عليه وسلم وفد عبد القيس أهل البحرين ، وشكوا عاملهم العلاء بن الحضرمي لسوء معاملته لهم، فقام عليه الصلاة والسلام بعزله عنهم دفعاً لما قد يقع عليهم من ظلم».[2] وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يتابع أعمال عماله وطريقتهم في جباية الأموال، ويحذر من سوء استغلالهم لسلطاتهم، وإذا بدر شيء من ذلك من بعض الولاة فإنه صلى الله عليه وسلم لم يتساهل معهم . وعندما بعث الرسول عليه الصلاة والسلام ابن اللتيبة جابياً لصدقات بني تميم ، وقال لما عاد هذا لكم وهذا لي أهدي لي. قال الراوي فقام الرسول صلى الله عليه وسلم على المنبر فحمد الله وأثنى عليه وقال: «ما بال عامل أبعثه فيقول: هذا لكم وهذا أهدي لي أفلا قعد في بيت أبيه أو في بيت أمه، حتى ينظر أيهدي إليه أم لا ».[3] وعندما استمر خالد بن الوليد في قتال بني جذيمة رغم

---

(١) الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، تحقيق: طه عبد الرؤف سعد، مصطفى محمد الهواري، نشر مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة ١٩٧٨م، جـ ١٠، ص٢٢١.

(٢) ابن خياط، خليفة، تاريخ خليفة بن خياط، تحقيق: د. أكرم ضياء العمري. مؤسسة الرسالة، دار القلم، بيروت ١٣٧٠هـ-١٩٧٧م. ص ٩٧. على ، محمد كرد، الإدارة الإسلامية في عز العرب، مطبعة ، مطبعة مصر، القاهرة ١٩٣٤م، ص ١٢.

(٣) الخزاعي، على بن محمد بن مسعود، تخريج الدلالات السمعية، تحقيق : د. إحسان =

اعلانهم دخولهم في الإسلام، أدى إلى قتل عدد كبير منهم ولما عرض الأمر على الرسول عليه الصلاة والسلام، قضى أن تصرف خالد فيه تعد وأن على الدولة الإسلامية أن تتحمل هذه المسؤولية فأمر صلى الله عليه وسلم بدفع دية القتلى، ولام خالداً على هذا التصرف.(١) وتوجه النبي صلى الله عليه وسلم إلي ربه قائلاً: «اللهم إني أبرأ إليك مما صنع خالد».(٢)

ولم يكن الأمر مقتصراً على ماحدث في عصر الرسول صلى الله عليه وسلم بل إن الأمر إستمر في عصر الخلفاء الراشدين الذين ورثوا سلطات النبي صلى الله عليه وسلم القضائية، حيث أصبح الخليفة منهم هو القاضي الأعلى في الدولة الإسلامية، يقضي في كل الأمور، ويحكم على مايجد من أحداث. وإذا رجعنا إلي الوقائع التاريخية لتلك المسؤولية، فإننا نجد أن متابعة أعمال الولاة والنظر في الشكاوي والتظلمات التي تصدر عن الناس ضدهم، ظلت من إختصاص الخليفة في المدينة، ويلاحظ أنه منذ فترة مبكرة من عصر الخلفاء الراشدين نجد أن الخليفة يتلقى تظلمات الناس، ويفصل في ذلك كله دون تفريق بين المنازعات الفردية أو الشكاوى العامة التي تلحق رجال الإدارة في مناطق الدولة المختلفة. وكان أول من تصدى لهذا الأمر بعد وفاة الرسول عليه الصلاة والسلام خليفته أبو بكر الصديق. فقد روى ابن سعد أن أبا بكر اعتمر في رجب سنة ١٢، وبعد طوافه بالبيت جلس قريباً من دار

= عباس، دار الغرب الإسلامي، بيروت ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م. ص ٢٦١. القشيري، المصدر السابق، جـ٣، ص ١٤٦٣.

(١) الطبري، محمد بن جرير، تاريخ الرسل والملوك، دار المعارف، القاهرة، ١٩٦٣م، جـ٣، ص ١٤٦٣.

(٢) البخاري، المصدر السابق جـ٤، ص ١٥٧٧.

الندوة فقال: «هل من أحد يشتكي من ظلامة من أحد أو يطلب حقاً. فما أتاه أحد وأثنى الناس على واليهم خيراً».[1] وقد ثبت عن أبي بكر الصديق أنه قال لرجل شكا إليه عاملاً قطع يده: «لئن كنت صادقاً لأقيدنك منه».[2] وإذا كانت فترة خلافة أبي بكر الصديق قصيرة لم تتسع فيها رقعة الدولة الإسلامية كثيراً فإن معالجة هذه القضية بشكل متكامل لاتتضح إلا بعد إستقرار الأوضاع في عهد الخليفة الثاني عمر بن الخطاب، ولذا فقد أرسى هذا الخليفة قواعد ثابتة للنظر في أمر علاقة الوالي بالرعية، والنظر في تظلماتهم منه، وكان يحث الناس على رفع مظالمهم من ولاتهم إليه قائلاً: «إني لم استعمل عليكم عمالي ليضربوا أبشاركم وليشتموا أعراضكم، ويأخذوا مالكم، ولكني أستعملتهم ليعلموكم كتاب ربكم وسنة نبيكم، فمن ظلمه عامله بمظلمة فلا إذن له على ليرفعها إلى حتى اقصه منه». ولما أعترض عليه في هذا القول أحد عماله وهو عمرو بن العاص قائلاً: «ياأمير المؤمنين أرأيت إن أدب أمير رجلاً من رعيته أتقصه منه؟» فقال عمر: ومالي لا أقصه، وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقص من نفسه».[3] ولم يكن ذلك مجرد قول، بل أنه من الثابت تاريخياً أن عمر أقاد من الولاة، كما فعل بذلك العامل الذي اشتكى منه أحد الرعايا لأنه ضربه مائة سوط دون وجه حق، وبعد أن تحقق الخليفة من صدق دعواه حكم للمعتدي عليه بأن يقتص من الوالي بالضرب جزاءً وفاقاً إلا أن يتراضى

---

(١) ابن سعد، محمد بن سعد بن منيع البصري، الطبقات الكبرى، دار بيروت للطباعة والنشر بيروت، ١٤٠٠ - ١٩٨٠م. ج٣، ص ١٨٧.

(٢) القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، مطبعة دار الكتب المصرية. القاهرة ١٣٥٤هـ-١٩٣٥م ج٢، ص ٢٥٦.

(٣) ابن سعد، المصدر السابق، ج٣، ص٢٥٦.

الطرفان. وقد تراضيا على تعويض يدفعه العامل مقداره مئتا دينار مقابل اسقاط الاقتصاص عنه.[1] ولم يخل نفسه من هذه المسؤولية، فعندما يتصرف بشكل يعتقد بأنه تجاوز الحد أو أن أحد أفراد الرعية قد لحقه ضرر من تصرفات الخليفة، فأنه سرعان ما يتراجع ويعرض على الشخص المتضرر القصاص العادل. ومن ذلك ماروى أن رجلاً لقيه في الطريق وقال ياأمير المؤمنين انطلق معي فأعدني على فلان فإنه قد ظلمني، قال فرفع الدُرّة فخفق بها رأسه وقال: تدعون أمير المؤمنين وهو معرض لكم حتى إذا شغل في أمر من أمور المسلمين أتيتموه إعدني إعدني قال فانصرف الرجل وهو يتذمر فقال: عليّ بالرجل، فألقى إليه المخفقة وقال: امتثل فقال: لا والله ولكن أدعها لله ولك».[2]

وهكذا ظل الخليفة الثاني يواصل تطبيق العدالة الإسلامية في دولة الخلافة الراشدة وقد ضرب أروع الأمثلة في متابعته لعماله وتقصي أحوالهم، فكان يسأل عنهم في المواسم عندما يقدم الناس للحج والعمرة وزيارة المسجد النبوي في المدينة، وكان يراقب أحوالهم وتبدلهم من فقر وغنى، ويستقبل الشكاوى ضدهم، ويعمل بمقتضى مايسفر عنه البحث والتحقيق فيها، وكان يعزل الوالي إذا كثرت الشكاوي ضده، حتى وإن لم تكن تلك الشكاوي صادقة حسماً للخلاف وحتى لاينقطع الناس عن

---

(١) علي، المصدر السابق، ص ٢٩.

(٢) ابن الأثير، عز الدين أبو الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن عبد الكريم الشيباني، أسد الغابة في معرفة الصحابة، نسخة مصورة عن طبعة جمعية المعارف المصرية، القاهرة ١٢٨٦هـ. جـ٤، ص ٦١.

التظلم من عمالهم مثل عزله لسعد بن أبي وقاص نتيجة لشكوى أهل الكوفة.(١) وقد أشار الخليفة إلى حادثة عزله لسعد بن أبي وقاص عن ولاية الكوفة وأن ذلك العزل لم يكن مرده العجز ولا الخيانة وبالتالي فهو يرشحه لعضوية الشورى بعد وفاته.(٢) وبالتالي فإن عزله كان نتيجة لكثرة شكاوي أهل الكوفة منه حيث ولى شخصاً أخر بدلاً عنه.(٣)ويعلل عمر هذه السياسة التي أنتهجها مع عماله بقوله:«خير لي أن أعزل كل يوم عاملاً من أن أبقى ظالماً ساعة من نهار».(٤) وعند إقامة أبي موسى الأشعري الحد على رجل شرب خمراً، ثم سود وجهه ومنع الناس من التعامل معه عند ذاك تظلم الرجل إلى عمر بن الخطاب من تصرف عامله فأمر عمر أبا موسى بأن يأمر الناس بالتعامل معه، وأن لايسوّد وجه أحد بعد ذلك، وإلا سود وجهه.(٥)

وإذا كان عمر بن الخطاب قد عرف بالصرامة والحسم في القضايا المتعلقة بتصرفات عماله وما قد ينسب إليهم من مخالفات، فإن الخليفتين من بعده لم يهملا أمر الولاة وتتبع أحوالهم وتقبل شكاوى الناس منهم. وتشير المصادر إلى أن عثمان

---

(١) ابن قتيبة، أبو محمد عبد الله بن مسلم الدينوري، المعارف، تحقيق: د. ثروت عكاشة، دار المعارف بمصر القاهرة ١٣٨٨هـ-١٩٦٨م، ص ٢٤٢.

(٢) ابن الأثير، المصدر السابق، ص ٧٥.

(٣) ابن خياط، المصدر السابق، ص ٤٩.

(٤) الصالح، صبحي، النظم الإسلامية نشأتها وتطورها، دار العلم للملايين ، بيروت ١٣٨٨هـ-١٩٦٨م، ص ٨٩.

(٥) الطماوي، سليمان محمد، عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة، دار الفكر العربي، القاهرة.

بن عفان بعث العيون لكشف أحوال عماله، عندما نقل إليه تغير أحوالهم، واستئثارهم بالدنيا، وقد رجع إليه هؤلاء المفتشون يعلنون له في مقر الخلافة أن ما وصل إليه مجرد دعاوي لايمكن إثباتها.(١) وقد كتب عثمان في الأمصار أن يوافيه العمال في كل موسم، ومن يشكونهم.(٢) وقد عزل عثمان بن عفان الوليد بن المغيرة عن إمارة الكوفة، وأقام عليه الحد لما اشتكاه أهلها بأنه يشرب الخمر.(٣) وقد واصل الخليفة الرابع علي بن أبي طالب سيرة أسلافه من الخلفاء الراشدين في النظر في قضايا الناس والفصل فيها، بصرف النظر عن طبيعة التنازع. إن ماذكره الماوردي وأبو يعلي القاضي من أن على بن أبي طالب قد احتاج عندما تأخرت أمامته واختلط الناس فيها وتجوروا إلى فضل صرامة في السياسة، وزيادة تيقظ في الوصول إلى غوامض الأحكام، إن ذلك لا يعني أنه أفرد المظالم بنظر خاص فهما يقولان بأنه لم يخرج للمظالم، أي أنه لم يفردها بنظر خاص، وإنما اكتفى بأن ينظر فيها بما يحقق العدالة، وما ساقه الماوردي من أمثلة كلها جاءت لتؤكد ماسبق أن أشرنا إليه، وهو أن الخليفة الرابع لم يزد عن ممارسته للقضاء العادي الذي هو من سلطته كما فعل ذلك أسلافه من قبل.(٤)

---

(١) الحكيم، المصدر السابق، ص ٤١٦.

(٢) الطبري، المصدر السابق، جـ٤، ص ٤٥. علي، المصدر السابق، ص٤٥.

(٣) ابن حنبل، أحمد بن محمد بن هلال الشيباني، المسند، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار المعارف بمصر، القاهرة ١٣٧٠هـ- ١٩٥١م، جـ٢، ص ٦٢٥.

(٤) الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٣٩٣هـ-١٩٧٣م ص ٧٨. أبو يعلي، القاضي محمد بن الحسين الفراء، الإحكام السلطانية، تحقيق: محمد حامد الفقي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة ١٣٥٧هـ. ص٥٩.

كل ماسبق أن أشرنا إليه من الأمثلة عن نظر الرسول صلى الله عليه وسلم في كل أنواع القضايا، وكذلك نظر خلفائه الراشدين، وفصلهم في كل المنازعات دون تفريق بين المنازعات الفردية، أو التظلم من تصرفات الولاة وعمال الإدارة في المناطق المختلفة يؤكد لنا أن القضاء في الشريعة الإسلامية كما طبقة الرسول عليه الصلاة والسلام وكما فهمه صحابته رضوان الله عليهم يتجه إلى القضاء الموحد الذي لايفرق بين منازعات الأفراد والمنازعات التي تنشأ بسبب أعمال الإدارة والسلطة. الاعتراض الذي قد يرد هنا هو أن الرسول عليه الصلاة والسلام وخلفاءه قد نظروا في تلك القضايا بحكم ولايتهم العامة، وأنهم مسئولون عن تصرفات الولاة باعتبار أنهم هم المرجع النهائي لأولئك العمال، حيث يتولون تعيينهم وعزلهم وبالتالي محاكمتهم وتأديبهم، والنظر في تظلمات الناس منهم، وبالتالي لاوجه للإستدلال بتصرفاتهم على أن القضاء العادي مختص بالنظر في كل أنواع التنازع. وللإجابة على هذا الإعتراض لابد من القول بأن كون الخلفاء هم المرجع الأساس للتنظيم الإداري في الدولة الإسلامية، وفي نفس الوقت كانوا يتولون السلطة القضائية العليا، وبما أنهم تولوا الفصل في المنازعات الفردية بين الأشخاص، كما تولوا النظر في التظلمات التي تقدم ضد رجال الإدارة، دون أن يفرد لهذا النوع من القضاء نظام خاص به، لامن حيث تعيين القضاة ليتولوا مسئوليته، ولا من حيث الطريقة والأسلوب الذي انتهجوه في نظرهم لتلك القضايا. كل ذلك يجعلنا محقين في إعتقادنا بأنهم لم يفرقوا بين هذين النوعين من الإختصاص القضائي، ولعلنا محقون أيضاً في أنهم قد أدركوا ماسبق أن أشرنا إليه من أن الولاية العامة للشريعة الاسلامية تجعل من حق المتولي للقضاء سواء كان قاضياً أو خليفة أن ينظر في كل أنواع التنازع المرفوع إليه.

إن الدارس لتاريخ النظم الإسلامية يجد أنه لم يكن هناك فصل بين السلطات لدى الخلفاء الراشدين، فقد كانوا هم رأس السلطة الإدارية التنفيذية وفي الوقت نفسه

كانوا يتولون السلطة القضائية. وقد أشار إلى ذلك أحد الباحثين بقوله: «ويلاحظ أنه في الصدر الأول للإسلام يمكن أن يخلط بين سلطة قاضي المظالم باعتبارها جزءاً من السلطة القضائية، وبين السلطة الرئاسية لرئيس السلطة التنفيذية، وذلك باعتبار أن متولي السلطتين هو رئيس الدولة (الخليفة)».[١] ومع اتفاقنا مع الباحث في ملاحظته أن الذي كان يتولى السلطتين القضائية والتنفيذية هو الخليفة، إلا أننا نريد أن نؤكد نفي ماتوحي به العبارة، من أن هناك فصلاً حقيقياً بين القضاء العادي والنظر في المظالم، حيث سبق أن بينت وجهة نظري أنه لا فرق بين النوعين من الإختصاص القضائي لأن إختصاص القاضي شامل للنوعين معاً لاسيما في هذه المرحلة المبكرة من تاريخ النظم الإسلامية.

ولكن ماهو دور القضاة الذين عينوا في مناطق الدولة الإسلامية المختلفة خلال هذا العصر المبكر في قضايا المظالم؟ وهل نظروا في تلك القضايا التي يعتبرها الباحثون من اختصاص الناظر في المظالم؟ في الواقع أنه في هذه المرحلة لا تزال الإدارة الإسلامية في بدايتها، ولم تتحدد الصلاحيات بعد، ولم تنفصل المسؤوليات المختلفة من قضاء وإدارة. ففي البداية كان الولاة يتولون مسؤوليات متعددة من إدارة وقضاء، وهكذا كان حال عمال الرسول عليه الصلاة والسلام، فعتاب بن أسيد، وعلى بن أبي طالب ومعاذ بن جبل في مكة واليمن وحضرموت كانوا ولاة، وفي الوقت نفسه تولى بعضهم جباية الزكاة، كما قاموا بالدعوة إلى الإسلام، وحكموا في بعض المشكلات التي طرأت، والخصومات التي قامت في النواحي التي يتولون مسئوليتها. وفي عهد الراشدين استمر الوضع كما كان عليه في عصر الرسول عليه

(١) الحكيم، المصدر السابق، ص ٥٩٥.

الصلاة والسلام في المراحل الأولى من الخلافة الراشدة، ثم كثرت مسؤوليات الولاة الإدارية والجهادية والقضائية فرأي الخليفة عمر بن الخطاب بشكل خاص فصل القضاء عن الإدارة. وقد تم في عهده تعيين قضاة مستقلين، ويقول أحد الباحثين معلقاً على هذا التطور في تاريخ النظم الإسلامية: «وجاء الفصل بين السلطة القضائية وبين السلطة الإدارية والتنفيذية على عهد عمر بن الخطاب، الذي رأى أن تشعب المهام على الولاة وإزدياد الأعباء في الولايات لاتسمح باستمرار الجمع بين الولاية والاشتغال بالقضاء، وصار لكل ولاية قاض يضطلع بشئون العدالة واستقرارها مطبقاً الأحكام وفق الشريعة الإسلامية».[1]

فإذا كان الفصل بين صلاحيات الوالي والقاضي قد تم في عهد عمر بن الخطاب فإن المراجع لم تسعفنا بمعلومات كافية عن هؤلاء القضاة. وهل تولوا القضاء العادي فقط أم أنهم نظروا في كل القضايا التي قدمت إليهم؟ لقد أشارت المصادر إلى أن الخلفاء أنفسهم في هذه المرحلة قد جلسوا لدى القضاة في قضايا كانوا هم أطرافاً فيها، ولكن ذلك الجلوس لم يتم بصفاتهم الرسمية كخلفاء وولاة، وإنما بصفاتهم الشخصية كأفراد. ومن ذلك قضية الخصومة بين عمر بن الخطاب وأبي بن كعب والتي فصل فيها زيد بن ثابت.[2] كما أن على بن أبي طالب قد مثل لدى قاضي الكوفة في خلافته شريح بن الحارث الكندي، وذلك في خصومة بين الخليفة ويهودي على درع فقد من الخليفة ووجد في يد اليهودي فإدعاه الخليفة وأنكر ذلك اليهودي، ونظراً لعدم

---

(١) العدوي، إبراهيم أحمد، النظم الإسلامية، نشر مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة ١٣٩٢هـ-١٩٧٢م، ص ٢٩١.

(٢) البيهقي، المصدر السابق، جـ١٠، ص ١٣٦.

وجود أدلة اثبات كافية خرج الحكم لصالح اليهودي.[1] ولعله كان من المبكر جداً على أولئك القضاة في هذه المرحلة أن يتصدوا لشكاوى الناس وتظلمهم من ولاتهم، لأن إختصاصهم القضائي لم يتحدد بشكل واضح ومحدد، بل إنه من الملاحظ أن ذلك الإختصاص بدأ يسيراً ثم أخذ ينمو ويتزايد مع مرور الزمن، فلا غرابة أن يكون الحكم في تلك التظلمات قد تم من قبل الخلفاء أنفسهم لامن قبل القضاة. يضاف إلى ذلك أن الخليفة هو الذي كان يحدد الإختصاص القضائي للقضاة في هذه المرحلة، ومن ذلك ما أشارت إليه المصادر من أن عمر بن الخطاب كتب إلى قضاته أن لايقضي في الدماء دونه، فكانت الأحكام فيما دون النفس من اختصاص قاضي الولاية، وينفذ حكمه بمساعدة السلطة المحلية، أما فيما يتعلق بالنفس فيجب أن يرفع إلى الخليفة لينظر فيه ويصادق على الحكم قبل تنفيذه.[2] لذلك فإنه يمكن القول إن تولي الخلفاء النظر في التظلمات التي تصدر عن الولاة ومسئولي الإدارة في عهد الخلفاء الراشدين لايعني فصلاً للقضاء الاداري عن القضاء العادي، لأن أولئك الخلفاء وهم يحكمون في تلك القضايا كانوا يرون أنهم يمارسون صلاحياتهم القضائية، وعندما عينوا القضاة وفصلوا بين السلطتين القضائية والتنفيذية، ظلت بعض الإختصاصات القضائية بأيديهم، لايفصل فيها دون الرجوع إليهم، وإن وقع ذلك فإن هذا لايعني أن القضاء العادي لايمكنه النظر والفصل فيها.

---

(١) نفسه.

(٢) ابن فرحون، محمد المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، المطبعة العامرة الشرقية بمصر، القاهرة، ١، ١٣هـ جـ، ص ١٢.

نشأة ولاية المظالم:

إذا كان القضاء في الشريعة الإسلامية مختصاً بكل أنواع الخصومات وقد طبقت هذه الشمولية في الإختصاص منذ وقت مبكر، فالسؤال الذي يرد هنا هو، هل تم الفصل بين القضاء العادي والنظر في المظالم؟ ومتى تم ذلك؟ وقبل أن نجيب على هذا التساؤل من وجهة نظرنا، لابد من إيراد ماقيل في هذا الصدد في بعض المصادر من أن تلك النشأة كانت في عصر مبكر، وبالتحديد، في عصر الرسول عليه الصلاة والسلام من ذلك ما أورده كل من الماوردي وأبي يعلي، فقد ذكر كل منهما في مقدمة الحديث عن ولاية المظالم الحديث الثابت في الصحيحين وغيرهما، والذي ورد في قضاء الرسول صلى الله عليه وسلم وفصله في التنازع بين الزبير بن العوام وأحد الأنصار حول قضية الشرب، فقد ورد عن عروة بن الزبير عن الزبير بن العوام قال:

« إن رجلاً من الأنصار خاصم الزبير عند النبي صلى الله عليه وسلم في شراج الحره التي يسقون بها النخل فقال الأنصاري: سرح الماء يمر، فأبي عليه فاختصما عند النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للزبير: أسق يازبير ثم أرسل الماء إلى جارك. فغضب الأنصاري فقال: أن كان ابن عمتك؟ فتلون وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ثم قال: أسق يازبير، ثم إحبس الماء حتى يرجع إلى الجدر».[1] لقد وردت هذه الحادثة في المصدرين وكأن كلاً من الماوردي وأبي يعلي يستدل بها على النظر في المظالم، بل لقد ورد القول الصريح بذلك عندما قال أبو يعلي:« وقد نظر رسول الله صلى الله عليه وسلم المظالم في الشرب الذي تنازعه

---

(١) البخاري، المصدر السابق، جـ٢،ص٨٣٢ - القشيري المصدر السابق، جـ٤، ص١٨٣، الماوردي، المصدر السابق، ص ٧٧. أبو يعلي، المصدر السابق، ص ٥٨.

الزبير بن العوام ورجل من الأنصار».[1] إن هذه الحادثة لاتعكس من وجهة نظري نظراً في المظالم من قبل الرسول عليه الصلاة والسلام، ولا هي داخلة ضمن ماإصطلح عليه فقهاء النظم الإسلامية على أنه من اختصاص الناظر في المظالم. ويشاركني الرأي في ذلك أحد الباحثين عندما ناقش هذه القضية بقوله: «ولست أرى في هذا الحديث وجهاً من وجوه المظالم التي عرفت فيما بعد بالمعنى الاصطلاحي، وإنما هو قضاء عادي بين فيه صاحب الشريعة الحكم الذي ينبغي أن يتبع في السقاية بين الجيران».[2] كما أشار إلى هذا الأمر وعدم اعتباره من قبيل النظر في المظالم، باحث آخر مبيناً أن تلك المخاصمة تعد من قبيل القضاء العادي.[3]

إن كل مايمكن استنتاجه من هذه القضية هو أن النبي صلى الله عليه وسلم أراد أن يصلح بين الطرفين بالتراضي بأن يسقي الزبير أولاً باعتبار أن الماء يمر في أرضه أولاً ثم يرسله إلى جاره. ولما لم يقنع هذا الحكم الطرف الآخر في المنازعة، وظن ظن السوء، بأن النبي صلى الله عليه وسلم حابى في حكمه لأجل قرابته من الزبير - وحاشاه أن يفعل ذلك - وهذا مادعا النبي صلى الله عليه وسلم إلى الغضب، لكنه غضب لم يخرجه عن العدل في تطبيق الحكم الشرعي، فقد فصل المنازعة بحكم جازم يكون قاطعاً للخصومة بين المتنازعين ، وفي الوقت نفسه تشريعاً للأمة باعتباره المبين لحكم الله في المسائل المتنازع فيها، وقضى أن حكم الشرع الملزم لكل الأطراف، هو أن من حق من يمر الماء عبر أرضه أن يسقي زرعه ويمسك الماء حتى يرتد على جوانب

---

(١) أبو يعلي ، المصدر السابق، ص ٥٨.

(٢) القاسمي، ظافر، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي - السلطة القضائية، مطبعة دار النفاش، بيروت ، ١٣٩٨هـ-١٩٧٨، ص٥٥٧.

(٣) الحكيم ، المصدر السابق، ص ٥٩٦.

الحقل، بحيث أن الماء يصل إلى الجدر أو يبلغ الكعبين على إختلاف في الروايات، ثم بعد ذلك يستغني عنه ويرسله إلى جاره.

إن مما يؤكد أن قضاء النبي صلى الله عليه وسلم في تلك الحادثة يعد من قبيل القضاء العادي ماذكره الزبير - راوي الحديث وأحد أطراف التنازع - من أن أحد الآيات التي تتحدث عن سلطة الرسول صلى الله عليه وسلم القضائية نزلت في تلك الحادثة فهو يقول: «والله إني لأحسب هذه الآية نزلت في ذلك. ثم تلا قوله تعالى : (فلا وربك لايؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليما).[1] إن استدلال الزبير بهذه الآية الكريمة واعتقاده أنها نزلت في تلك الواقعة يؤكد أن الأمر يتعلق بالقضاء العادي وليس نظراً في المظالم.

وقد سبق أن بينا أن ماذكره كل من الماوردي وأبي يعلى من قيام علي بن أبي طالب بالنظر في المظالم في عهده نتيجة لتفشي الجور، أن المقصود بذلك هو أن الخليفة كان كأسلافه من الخلفاء الراشدين لم يقعد عن نصرة المظلوم، والإقتصاص له من الظالم، وأن ذلك لايعني أنه فصل بين النظر في المظالم والقضاء العادي.

إن أول إشارة حقيقية في المصادر إلى ماعرف فيما بعد بولاية المظالم هو ماذكر عن وجود نظر للمظالم مستقل عن القضاء العادي في عهد الخليفة الأموي عبد الملك بن مروان، يقول أبو يعلى في ذلك: «فكان أول من أفرد للظلامات يوماً تصفح فيه قصص المتظلمين - من غير مباشرة النظر - عبد الملك بن مروان، فكان إذا وقف

(١) البخاري، المصدر السابق، جـ٢، ص ٨٣٢.

منها على مشكل، أو احتاج فيها إلى حكم منفذ رده إلى قاضيه أبي ادريس الأودي، فكان أبو ادريس هو المباشر، وعبد الملك هو الآمر».[1]

إن جلوس الخليفة مع قاضيه لينظر في المظالم المقدمة إليه ، يدل على أن الهدف من هذا الجلوس هو الإعتداد بقوة سلطان الخليفة لتدعيم مايصدره القاضي من أحكام في مجلسه، ويكتسب حكمه الصفة القطعية في وقته، وبالتالي يصبح واجب النفاذ بقوة السلطة التنفيذية الماثلة في شخصية الخليفة. وقبل أن نبدي رأينا حول سبب نشأة قضاء المظالم في تلك الفترة من التاريخ الإسلامي لابد من مناقشة ماقيل في هذا الصدد عن أصل هذا النظام وجذوره العربية والإسلامية أو ماقيل من أنه نبع من التأثر بالنظم المتبعة في الدولة الساسانية.

لقد سبق أن بينا أن العدل من أهم الأسس التي بنى عليها النظام في الإسلام حكماً وقضاء وإدارة، كما أننا قد نقلنا الكثير من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية التي تؤكد أن العدل مطلب أساسي للحكم بين الناس، كما أن الكثير من الآيات والأحاديث قد حذرت من الظلم وعواقبه. لقد أشار الماوردي إلى مايدل على أن جذور هذا النوع من القضاء كانت موجودة في النظام العربي قبل الإسلام فهو يقول: «وكانت قريش في الجاهلية حين كثر فيها الزعماء، وانتشرت فيهم الرئاسة، وشاهدوا من التجاذب والتغالب، مالم يكفهم عنه سلطان قاهر عقدوا حلفاً على رد المظالم وانصاف المظلوم من الظالم».[2] وقد حضر النبي صلى الله عليه وسلم ذلك الحلف المسمى «بحلف الفضول» وهو في الخامسة والعشرين من العمر، وقد عبر عليه الصلاة

---

(١) أبو يعلي، المصدر السابق، ص ٥٦.

(٢) الماوردي، المصدر السابق، ص ٥٦.

والسلام عن احترامه لذلك الحلف في قوله بعد بعثته: «لقد شهدت في دار عبد الله بن جدعان حلف الفضول، مالو دعيت إليه لأجبت، وما أحب أن لي به حمر النعم وأني كنت نقضته، ولو دعيت إليه في الإسلام لأجبت».(١) لعل الذي دعا الماوردي للأستئناس بذلك الحلف وهو يتحدث عن هذا النوع من القضاء هو حديث النبي صلى الله عليه وسلم وموقفه من حلف الفضول ولكننا لايمكن أن نعد ذلك الحلف أصلاً للنظر في المظالم، لأن ذلك قد تم في ظل النظام الجاهلي، حيث لاقضاء ولاسلطة، وأما ثناء الرسول عليه الصلاة والسلام على أهداف ذلك الحلف فإن ذلك لايخرج عن نطاق مبادئ الإسلام القائمة على العدل، وأن الشريعة التي أنزلت على محمد صلى الله عليه وسلم تنادي بالعدل، لذلك فهو لم يندم على حضوره حلف الفضول لانسجامه مع مبادئ الشرع، ولذلك بين النبي صلى الله عليه وسلم أنه لو دعى إلى مثله في الإسلام لأجاب باعتبار ذلك من باب التعاون على البر في ردع الظالم.

وهذا محمد العوا بعد مناقشته للذين يقولون بأصل النظام الفارسي ورده عليهم يشير إلى العلاقة بين هذا النظام وحلف الفضول وكيف يمكن أن يكون هذا الحلف أصلاً لقضاء المظالم فهو يقول : «أما دعوى كون أصل نظام قضاء المظالم حلف الفضول الجاهلي فمردودة بأن إقرار الرسول عليه الصلاة والسلام لهذا الحلف وثناءه عليه جعله كما قرر الماوردي - بحق - فعلاً نبوياً».(٢) ومع أن إقرار الرسول عليه الصلاة والسلام يعد جزءاً من سنته، وبالتالي فهو تشريع ملزم للأمة، إلا أن اعتبار إقراره هذا تشريعاً لنظام النظر في المظالم يعد تحميلاً للحديث فوق مايدل عليه. إضافة إلى

---

(١) المصدر السابق، ص ٧٩.

(٢) العوا، محمد سليم، قضاء المظالم في الشريعة الإسلامية، مجلة إدارة قضايا الحكومة العدد الرابع، السنة الثامنة عشر، (١٩٧٤)القاهرة، ص ٩٧٨.

ماأشار إليه العوا، نجد أن جرجي زيدان قد ذكر ايضاً أن حلف الفضول يعد أصلاً لنظام النظر في المظالم.(١) كما ربط بين النظامين حسن إبراهيم حسن وعد حلف الفضول أصلاً لقضاء المظالم.(٢) وفي المقابل نجد أن بعض الباحثين قد أكد على الفروق بين حلف الفضول الجاهلي، ونظام المظالم الإسلامي على إعتبار أن الأول تعاقد فردي بين بعض الأشخاص القادرين على فض المنازعات، ولم يكن ذلك أمراً كافياً لقطع دابر الخصومة ولامنهياً للنزاع، كما أنه يخضع للظروف التي تحيط بكل الأطراف المتنازعة.(٣) ومع وضوح هذه الفروق بين النظامين فإن موقف النبي صلى الله عليه وسلم من حلف الفضول يؤكد لنا إهتمامه عليه الصلاة والسلام بقضية العدل ونصرة المظلوم ورد الظالم عن غيه وظلمه مما يوضح مكانة العدل في الإسلام والنهي عن الظلم. أما كون قضاء النبي صلى الله عليه وسلم في الخصومة التي وقعت بين الزبير وأحد الأنصار، والتي عدها الماوردي وأبو يعلى أساساً للنظر في المظالم فإن مناقشتنا السابقة لها قد أبانت عن رأينا حيال ذلك.

عندما ناقش الماوردي قضية الظلم والمظالم، وبين أهمية العدل ورد المظالم باعتبار أن ذلك هو أساس الملك واستمراره، وأن اختلاف ذلك يؤدي إلى الإضطراب والفوضى، وللتدليل على رأيه هذا استأنس بما كان يفعله ملوك الفرس بقولهم:« وقد كان ملوك الفرس يرون ذلك من قواعد الملك وقوانين العدل الذي لايعم الصلاح إلا

---

(١) زيدان، جرجي، تاريخ التمدن الاسلامي، تعليق: د. حسين مؤنس، نشر دار الهلال، مطابع دار الهلال. القاهرة، ١٩٥٨م، جـ١، ص ٢٤٩.

(٢) حسن، حسن وعلي ابراهيم، النظم الإسلامية، مكتبة النهضة المصرية القاهرة ١٩٧٠م، ص ٢٤٧.

(٣) الحكيم، المصدر السابق، ص ٥٩٣.

بمراعاته، ولايتم التناصف إلا بمباشرته».[1] إن إيراد كل من الماوردي وأبي يعلي لقضية إهتمام ملوك الفرس بالعدل ونصرة المظلوم لايمكن أن يقرأ منه أنهما يريان أن ذلك الأهتمام يمكن أن يكون أصلاً لقضاء المظالم استعاره المسلمون منهم، لأن حديثهما لايعدو كونه بياناً لأسلوب الحكم في العهد الساساني وإدراكه لأهمية العدل في حياة الدول واستمرارها، فهي لاتزيد عن مجرد كونها استشهاداً بالمواقف الإنسانية من قضية الظلم عبر التاريخ، وأن النفس البشرية بما جبلها الله عليه محبة للعدل كارهة للظلم حتى قبل أن تبلغها الشرائع السماوية المحرمة للظلم والداعية للعدل، فإن الناس قد أدركوا بفطرتهم أهمية تحقيق العدالة، وخطورة الظلم على الظالمين والمجتمع الذي يقره.

ولكن الماوردي وأبا يعلي لم يشيرا إلى نظام معين محدد بطبيعته وصفته وضوابطه كان معمولاً به عند الفرس، ثم بعد الإسلام اقتبسه المسلمون وطبقوه في دولتهم، كما أن القائلين بوجود ذلك الإقتباس لم يدللوا على ذلك بابراز مظاهر التشابه بين النظامين الفارسي والإسلامي سوى تلك الإشارة غير المقصودة التي وردت عند الماوردي وأبي يعلي، ولم يقصدا منها أن يرجعا هذا النظام الإسلامي الخالص إلى نظم الدولة الساسانية.

ولكن بعض المستشرقين أخذ من هذه الإشارة العابرة إلى قضية العدل وأن البشر في مختلف نظمهم السياسية يدركون أهميتها، وحمّل هذه الإشارة فوق ماتحتمل بأن عزا إلي الماوردي ماإعتقده هو خطأ من نقل نظام النظر في المظالم من الساسانيين إلى

---

(١) الماوردي، المصدر السابق، ص ٧٨.

النظم الإسلامية. ومن هؤلاء المستشرقين ديفيد لونج الذي اعتبر تلك الإشارة دليلاً على إحتمال أن يكون هذا النوع من القضاء قد استعير من نظام القضاء الساساني، ولم يورد كدليل على ذلك سوى ماذكره كل من الماوردي وأبي يعلي في مقدمة حديثهما عن ولاية المظالم. كما أن لونج قد أشار إلى عدم ذكر هذا النوع من القضاء في المراجع الفقهية، ولذلك فهو يعتقد أن أصول هذا النظام غير إسلامية.(١) وكما نلاحظ فإن ماأورده هذا المستشرق إنما هو مجرد إدعاء يغلب عليه طابع الظن، دون أن يسنده بأدلة علمية يمكن مناقشتها كإيراد أوجه الشبه بين النظامين حيث عندئذ يمكن التعرف على مصداقية هذه الدعوى، أما وأن ماأشار إليه هو ظن فإن ذلك لايقوى على طمس الحقيقة الواضحة، بأن أصول هذا النظام أصول إسلامية خالصة. أما ما أشار إليه لونج من عدم تعرض الفقهاء في تصنيفاتهم الفقهية لهذا النوع من القضاء، فإننا سنرجيء مناقشته إلي موقعة الطبيعي عندما نتحدث عن أسباب ظهور هذا النوع من القضاء ، وكيف نظر إليه الفقهاء سواءً في وقت ظهوره، أو بعد ذلك عند تصنيفهم للموضوعات الفقهية. وشاخت، المستشرق الآخر تحدث عن نظام المظالم، من دون أن يبرر رأيه فهو يقول بأن الأمويين أو ربما العباسيين قد استعاروا هذا النظام من أسلوب الحكم لدى الساسانيين.(٢) وكما يظهر من المقالة فهي مجرد إشارة وإدعاء دون مناقشة ودون إيراد الأدلة التي تدعم تلك الدعوى مما يظهر عدم الأهمية العلمية

---

(١)

* Long, David, The Board of Grievence In saudi Arabia, The Middle East Joumal P. 71.

العدد ١/٢٧ للعام ١٩٧٣م ص ٧٠ ومابعدها.

(٢)

SCHACHC, Joseph. Law and Justice. Cambridge History of Islam, Cambridge 1970, Vol, 2 PP. 55-70.

لمثل هذه الدعوى .

إذا عرفنا أن قضاء المظالم لم يوجد عند العرب قبل الإسلام، كما أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يفرد المظالم بقضاء خاص، ولم يفعل ذلك الخلفاء الراشدون من بعده، ولم يستعره الأمويون من النظم الأجنبية، فإن السؤال الذي يفرض نفسه في هذا المجال هو لماذا ظهر في عهد عبد الملك بن مراون، وعلى أي أساس اعتمد ظهوره؟ لقد قيل في أسباب ظهور هذا النوع من التقاضي أمور تتعلق بأحوال الناس ومدى إلتزامهم بالحق من عدمه، فالماوردي يرى أن الداعي لوجوده هو إختلاط الناس وتجورهم، وإن ذلك حدث في عهد الخليفة الرابع علي بن أبي طالب لما تأخرت خلافته عن عصر النبوة، ولذا احتاج إلي فضل صرامة في السياسة وزيادة تيقظ في الوصول إلى الحكم.[1] ولكنه مع ذلك لم يضع نظاماً مستقلاً للنظر في المظالم، لذا فإننا نرى أن ما أشير إليه ضمن هذا الصدد من التجور لم يكن كافياً لفصل النظر في المظالم عن القضاء العادي، بدليل أن علي بن أبي طالب على الرغم من وجود التظالم في عهده إكتفى بأن طبق في ذلك نظام القضاء العادي. ولكن الماوردي وأبا يعلي قد أضافا أنه بعد عصر الخلفاء الراشدين، إزداد الجور والظلم فأبو يعلي يقول: «ثم إنتشر الأمر من بعده -علي بن أبي طالب - حتى تجاهر الناس بالظلم، ولم تمنعهم زواجر الفطنة، فاحتاجوا في ردع المتغلبين إلى ناظر للمظالم الذي يمتزج به قوة السلطة».[2] والسؤال الذي يرد هنا هو لماذا لم يقم القضاء العادي بإزالة الظلم، وإنصاف المظلومين، لاسيما إذا عرفنا أن سلطة القاضي الشرعي غير محددة بإختصاص معين من حيث الأصل، فهو يحكم في الأموال والأعراض والدماء، كما

---

(١) الماوردي، المصدر السابق، ص ٧٨.

(٢) أبو يعلي، المصدر السابق، ص ٥٩.

يحكم بين الحاكمين والمحكومين. ولكي نجيب بشكل دقيق على هذا التساؤل لابد من معرفة القضايا التي نظرت من قبل ناظر المظالم في عهده المبكر، ولماذا لم يتم الفصل فيها بشكل إعتيادي؟ ولكن المصادر مع الأسف لم تبين لنا طبيعة تلك القضايا التي عرضت في مجلس الخليفة الأموي، حتى يمكننا معرفة السبب الذي أدى إلى أن تنظر من قبل الخليفة، ولماذا لم تعرض تلك القضايا على أبي إدريس قبل اللجوء إلي الخليفة، وقد كان أبو إدريس قاضياً لدمشق في عهد عبد الملك. وإذا كانت المعلومات غير متوافرة عن الأسباب التي دعت الخليفة عبد الملك لكي يحدث مثل هذا النظام، فلعلنا نستأنس بالمعلومات الواردة عن قضايا المظالم في عهد عمر بن عبد العزيز، لاسيما والفاصل الزمني بينهما قصير جداً حيث توفي عبد الملك بن مروان سنة ٨٦هـ. وتولى عمر بن عبد العزيز الخلافة حوالي سنة ١٠٠هـ، وقد أوردت المصادر بعض المعلومات عن تصديه للنظر في المظالم في عهده فأبو يعلي يقول: «ثم زاد من جور الولاة وظلم العتاة مالم يكفهم عنه إلا أقوى الأيادي، فكان عمر بن عبد العزيز أول من ندب نفسه للمظالم ورد مظالم بني أمية على أهلها».(١)

لعل من أسباب نشأة هذا النوع من القضايا قوة المركز الإجتماعي لأحد أطراف القضية، مما يصعب على القضاء العادي النظر في الأمور المتنازع عليها والتي قد يكون أطرافها أفراداً لهم ثقلهم ووزنهم في الدولة بحكم مناصبهم الإدارية أو وضعهم العائلي مما جعل الولاة والقضاة يحسبون لهم حساباً. ولذلك لما بدأ عمر بن عبد العزيز بتطبيق سياسته الحازمة في الوقوف في وجه الظلم والظالمين بدأت التحذيرات تأتيه من هنا وهناك موضحة بأن سلوكه ذلك ربما يهدد مركزه وقوته السياسية، بل وربما أدى إلى أن يهدد حياته. والعبارات التي صدرت عنه في هذا الصدد توحي بأنه كان يقدر

---

(١) نفسه.

حجم الخطورة التي يتعرض لها، ولكنه يوازنها مع خطورة أشد وأنكى، تلك المتعلقة بمسؤولياته الكبرى حينما يسأل عن حكمه يوم القيامة، ولذلك فهو يقول : «كل يوم أتقيه وأخافه دون يوم القيامة لاوقيته».(١) وقد أورد ابن كثير مثالاً على تلك المظالم فيقول: «إنه تظلم إلي عمر بن عبد العزيز رجل فقال: غصبني الوليد بن عبد الملك ضيعتي. فقال عمر:يامزاحم إئتني بدفتر الصوافي، فوجد فيه: أصفى الوليد بن عبد الملك ضيعة فلان. فقال: أخرجها من الدفتر وليكتب برد ضيعته إليه ويطلق له ضعف نفقته».(٢)

هذا المثال يؤكد أن ظهور حالات من الظلم في المجتمع كان أحد الأسباب الهامة التي أدت إلى أن يأخذ بعض الخلفاء زمام المبادرة، وينظروا في تلك المظالم ويباشروا ذلك بأنفسهم، فالظلم كان يصدر عن أشخاص ذوي نفوذ بحكم مناصبهم الرسمية، كما هو ظاهر من شكوى ذلك الرجل من الخليفة السابق الوليد ابن عبد الملك، فإذا كان الخليفة هو الذي صدر عنه ذلك الجور فكيف يستطيع القاضي - الذي هو نائب عن الخليفة في القضاء بين الناس - أن يتولى هذا الأمر بنفسه ويحكم فيه إذا لم يوافق الخليفة على الخضوع لأحكام القضاء .

إن تنفيذ أحكام القضاة يخضع للسلطة التنفيذية المتمثلة في الخلفاء وحكام المناطق، فإذا حدث ولم يريدوا تنفيذ حكم صادر عن قاض معين فإن بإمكانهم ذلك، وهو وإن كان نادراً مايحدث إلا أن المصادر تشير إلى حدوثه ، لاسيما إذا كانت تلك

---

(١) الماوردي المصدر السابق ، ص ٧٨ .

(٢) ابن كثير، أبو الفداء الحافظ، البداية والنهاية، نشر مكتبة المعارف، بيروت. ١٤٠٥هـ ١٩٨٥م. جـ١، ص٣١٣.

الأحكام تدين الخلفاء والولاة أو تدين أشخاصاً يرهب جانبهم لمكانتهم السياسية أو الإجتماعية. وإذا أريد رفع الظلم عن كاهل المظلومين في تلك الحالات الطارئة، والإنتصار لهم ورد حقوقهم إليهم، فلا بد من جهة تجمع بين الأمرين القضاء والتنفيذ، ولعل ذلك هو الذي حدث في عهد عبد الملك بن مروان، ثم بشكل أكثر حدة وصلابة في عهد عمر بن عبد العزيز. ويؤكد هذا الرأي ماذكره أبو بكر بن العربي حينما قال: «وأما ولاية المظالم فهي ولاية غريبة أحدثها من تأخر من الولاة لفساد الولاية وفساد الناس، وهي عبارة عن حكم يعجز القاضي عنه فينظر فيه من هو أقوى منه يداً، وذلك أن التنازع إذا كان بين ضعيفين قوّي أحدهما القاضي، وإذا كان بين قوي وضعيف أو قويين، والقوة في أحدهما بالولاية كظلم الأمراء والعمال فهذا مما نصب له الخلفاء أنفسهم».(١)

ويؤكد هذا المعنى ابن خلدون في وصفه لولاية المظالم:«وهي وظيفة ممتزجة من سطوة السلطنة ونصفة القضاء وتحتاج إلى علو يد وعظيم رهبة تقمع الظالم من الخصمين وتزجر المعتدي وكأنه يمضي ما عجز القضاة أو غيرهم عن إمضائه».(٢) ويلاحظ التوافق بين رأي أبي بكر بن العربي ورأي ابن خلدون حول طبيعة هذا النوع من الولاية وكيفية النظر فيها، ولماذا احتاج الناس إليه وتوجه إليه الخلفاء. وقد يكون من السهل علينا أن نفهم سبب ظهوره في تلك الفترة من التاريخ الإسلامي، وهو العهد الأموي، فقد كان القضاة في ذلك العهد يعينون ويعزلون من قبل الولاة ، وقد أثبتت ذلك الكثير من الدراسات التي ظهرت عن تاريخ النظم الإسلامية في تلك

---

(١) ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م، جـ٤، ١٦٣١.

(٢) ابن خلدون، المصدر السابق، ص ٢٢٢.

الفترة.[1] وإذا حدث واختلف كل من القاضي والوالي حول تنفيذ الحكم، فإنه ليس بيد القاضي أي سلطة تمكنه من تنفيذ حكمه، ولم يكن أمامه سوى السكوت أو الإستقالة احتجاجاً على تعطيل الأحكام الصادرة عنه. ولم يكن هذا أمراً دائم الحدوث، وذلك لإحساس كل من الخلفاء والولاة بأهمية القضاء، وتنفيذ أحكام القضاة وأن من الخلفاء والولاة من جعلوا أنفسهم تحت تصرف القضاة لإنفاذ الحقوق حتى لو كانوا هم أو أحد أقربائهم طرفاً فيها. ولكن مع ذلك فقد أوردت المصادر حالات من الخلاف بين كل من الوالي والقاضي عند تنفيذ الأحكام، ومن ذلك ما أورده الكندي عن سبب ترك عمران بن عبد الله لمنصب القضاء في مصر إذ يقول: «لأنه شهد عنده على كاتب لعبد الله بن عبد الملك - والي مصر- أنه سكر فأراد حده، فمنع منه عبد الله بن عبد الملك فقال عمران : لاأقضي أو أقيم عليه الحد، فلم يصل إليه فانصرف عن الحكم».[2]

ولعل الوالي رأي أن عمران تجاوز صلاحيته، لأنه حتى تلك الفترة لم يكن النظر في تطبيق الحدود من إختصاص القاضي، لذا وجدنا الوالي يصر على موقفه على الرغم مما ترتب على ذلك من استقالة القاضي من منصبه، وخطورة مثل هذا الأمر من الناحية السياسية، إلا أنه يبرز بكل وضوح كيف يكون الوضع عند الإختلاف بين القاضي والوالي حول تنفيذ الأحكام، ومدى حاجة القاضي إلى السلطة التنفيذية

---

(١) من تلك الدراسات رسالة الباحث للدكتوراه: (The Islamic Theory of The administration of Justice) والمحتوية على دراسة عن تاريخ القضاء في العهد الأموي. وقد قدمت لجامعة سانت أندروز بالمملكة المتحدة في عام ١٩٧٣م.

(٢) الكندي، أبو عمر محمد بن يوسف، قضاة مصر وولاتها، تحقيق: رفن كست، مطبعة الآباء اليسوعيين، بيروت ١٩٠٨م، ص ٣١٢.

لتطبيق الأحكام الصادرة عنه. ويعلق أحد الباحثين على العلاقة القائمة بين القاضي والوالي فيقول: «وإذا أردنا أن نتحدث عن علاقة القاضي بالوالي فإنها قامت على أساس التبعية دون شك، ما دام الوالي قد وكل إليه الأمر في الإختيار، ولم تكن التبعية قاصرة على مجرد التعيين، بل إمتدت إلى نواح أخرى فقد كان الوالي هو الكفيل بتنفيذ أحكام القضاة».(١) ويعزز من المكانة الرفيعة التي كانت لبعض الولاة في بعض المناطق خلال العهد الأموي ماذكرته بعض المصادر من أن هؤلاء الولاة كانوا يباشرون القضاء بأنفسهم، مع وجود القاضي في مجلس الحكم، وقد أورد ابن عبد ربه في «العقد الفريد» أن زياد بن أبيه والى العراق في بداية العهد الأموي كان أحياناً يجلس للقضاء، ليفصل في بعض القضايا المتنازع فيها بحضور قاضي الكوفة شريح بن الحارث الكندي. وعندما يحدث ويختلف الإثنان حول القضية المنظورة فإن وجهة نظر زياد لها الأولوية.(٢)

بالطبع هذا لايعني أن القضاة في العهد الأموي كانوا دائماً على خلاف مع الولاة حول الأحكام الصادرة عنهم، ولا أنهم كانوا يخضعون لكل ما يريده الولاة، بل كانوا يتمسكون بمواقفهم وأحكامهم كما حدث في قضية القاضي عمران بن عبد الله وحكمه على كاتب الوالي. وإذا كان الوالي في تلك القضية لم يشأ أن ينفذ حكم القاضي على كاتبه، فإن هناك ولاة آخرين شعروا بأن من واجبهم أن يسارعوا إلي تنفيذ أحكام القضاة المعينين من قبلهم، حتي لو كانت تلك الأحكام تمسهم شخصياً،

---

(١) محمود، حسن أحمد ، الكندي المؤرخ، الدار المصرية للتأليف، دار مصر ، القاهرة د.ت ، ص ١٨٢.

(٢) ابن عبد ربه، أحمد بن محمد، العقد الفريد، تحقيق: أحمد أمين وآخرون لجنه التأليف والنشر، القاهرة ١٣٨٥هـ - ١٩٦٥م، حـ٥، ص ١٠.

ويروي في هذا الصدد تلك القضية التي نظر فيها قاضي المدينة نوفل بن مساحق العامري، وتتلخص فيما يلي: «ولي مروان بن الحكم نوفل بن مساحق العامري قضاء المدينة فأتاه رجل يستعدي على مروان أو على بعض ولد مروان في حصة له بالسوق، فأرسل إليه القاضي: أن أخرج للرجل حقه أو يحضر معه خصمه، فأرسل إليه مروان، أن أنظر في ذلك، فإن ثبت له حق فأنفذ الحكم وسلم إليه حقه، فأرسل إليه: «أن أحضر أنت أو خصمه ليكون الحكم لك أو عليك قال: فعوض المدعي عن دعواه حتى رضى»[(١)].

لعل طبيعة هذه العلاقة القائمة بين القاضي المعين من قبل الوالي، وكونه مرجعه قد ساهمت على نحو ما في إضعاف سلطة القاضي إلى الحد الذي قد لايستطيع معه القاضي من انفاذ الأحكام الصادرة عنه في بعض الأحيان، مما جعل الأشخاص الذين يتعرضون للظلم (سواء من قبل ذوي النفوذ في الإدارة كالولاة وموظفيهم، أو من قبل الشخصيات ذات المركز الإجتماعي الرفيع كأقارب الخلفاء والولاة وكبار الموظفين) لا يعتقدون أن بإمكان القاضي المحلي أن ينصفهم وبالتالي لجئوا إلي أعلى سلطة في الدولة والمتمثلة في الخليفة ليعرضوا عليه مالحق بهم من ظلامات، وهذا التطور قد أدى بالتالي إلى ظهور قضاء المظالم.

وهنا يرد تساؤل لابد من الإجابة عليه. وهو هل من حق السلطة التنفيذية العليا المتمثلة في الخليفة أن تحد من اختصاصات القاضي العادي، بأن تجعل لنفسها النظر في بعض الإختصاصات، والتي من المفروض أن القاضي العادي مختص في النظر

---

(١) وكيع، محمد بن خلف بن حيان، أخبار القضاة، تحقيق عبد العزيز مصطفى المرغي، مطبعة الإستقامة. القاهرة ١٣٦٦هـ-١٩٤٧م، جـ١ ص ١٢٧.

فيها، بناء على أن النظرية العامة للقضاء قائمة على أن القضاء في الشريعة الإسلامية مختص بكل أنواع التنازع؟ إن الجواب على هذا التساؤل يقتضي أن نبين أولاً، أن ذلك التطور الذي حدث في العهد الأموي، من حيث نظر الخليفة في بعض الظلامات المقدمة إليه، لايعني بأي حال من الأحوال قصراً للقضاء العادي على جوانب معينة، ولايعني كذلك نزع بعض الإختصاصات من القاضي العادي بشكل نهائي، لأن ذلك النظر من قبل الخلفاء قد تم بشكل استثنائي. وإذا عرفنا ذلك فإن علينا أن نعرف أن السوابق التاريخية كلها تشير إلى أن الخليفة منذ أن بدأ نظام الخلافة بعد وفاة الرسول عليه الصلاة والسلام، تتجمع في يديه معظم الصلاحيات بما فيها القضاء، وقد حدد أول خليفة في الإسلام أبو بكر الصديق سلطة الخليفة بقوله:«لابد لكم من رجل يلي أموركم ويصلي بكم ويقاتل عدوكم بأمركم».(١) فهذه العبارة الموجزة جمعت كل السلطات فوليّ الأمر قد ورد الأمر من الشارع بإطاعته، وسلطاته شاملة للحكم والقضاء والإمامة الدينية والدنيوية. وفي ذلك يقول ابن خلدون: «والخلافة هي حمل الكافة على مقتضى النظر الشرعي في مصالحهم الدنيوية والأخروية»(٢) ثم أن التطبيق الواضح من السوابق التاريخية يؤكد أن الخليفة كان هو القاضي الأعلى في الدولة الإسلامية.

لقد مارس الخلفاء تلك السلطات دون تفريق، وكانوا يرون أن من واجبهم العدل بين رعاياهم، ورفع الظلم عن المظلومين، وتقبل الشكاوى المرفوعة إليهم، وعندما تم

---

(١) ابن قتيبة، أبو محمد عبد الله بن مسلم، الإمامة والسياسة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة ١٣٨٢هـ - ١٩٦٣م، جـ١، ص ١٩.

(٢) ابن خلدون ، المصدر السابق، ص ١٩١.

تعيين القضاة في عهد الخلفاء الراشدين، فإن ذلك التعيين وتحديد الصلاحيات تم على أساس النيابة عن القاضي الأعلى في الدولة الذي هو الخليفة. فالقاضي يمارس اختصاصاته القضائية كنائب عن الخليفة. وهكذا فهم الفقهاء مصدر مشروعية سلطة القاضي، وأنها تستند إلي نيابته عن الخليفة في القضاء، فأبو يعلي عند حديثه عن كيفية تولية القاضي يؤكد على طبيعة الإستخلاف والنيابة في ذلك فهو يرى أن الألفاظ الصريحة التي تنعقد بها ولاية القضاء هي:« قد وليتك وقلدتك واستخلفتك واستنبتك».[1] ويزيد الأمر وضوحاً بالتأكيد على طابع الإستنابة في القضاء، فهو يقول: «وإذا صحت الولاية كما ذكرنا فقد قيل أن نظر المولي والمولى كالوكالة لأنهما معاً استنابة».[2] وكما هو معروف فإن التوكيل لايلغي حق الموكل في التصرف على الرغم من الوكالة، فكذلك حق الخليفة المولي يبقى ثابتاً له لو أراد التصرف بنفسه، ولنا أن ننظر أن قضاء في المظالم من هذا القبيل. وعندما حدد كل من الماوردي وأبي يعلي الإختصاصات التي ينطوي عليها خطاب التولية فإنهما يريان أن الأساس في تحديد تلك الإختصاصات هو ماحدده مصدر تلك الإختصاصات المولي لها (الخليفة) وهل توليته للقاضي تولية عامة أو خاصة ولكل من النوعين إختصاصه.[3]

وإذا كانت معظم المصادر الفقهية لم تتعرض لقضاء المظالم إكتفاء بحديثها عن القضاء العادي بإعتبار أن القاضي يمكنه النظر في كل أنواع التنازع، ولكنها عندما ناقشت إختصاصات القاضي، وحكم تعيينه، أكدت على أن تعيينه فرض كفاية كنائب عن

---

(١) أبو يعلي، المصدر السابق، ص٤٨.

(٢) المصدر السابق، ص ٤٩.

(٣) الماوردي، المصدر السابق ص ٧٠ - ٧٤، أبو يعلي، المصدر السابق، ص ٥٣ - ٥٤.

الخليفة في ممارسة الإختصاصات القضائية، ويقول الشربيني عن ذلك: «ولا يقدر الإمام على فصل الخصومات بنفسه قدعت الحاجة إلي تولية القضاء».[1] وهو بذلك يحدد الأساس الشرعي الذي يتيح للقاضي القيام بأداء هذا الواجب نيابة عن الإمام حيث لايتمكن الإمام من أدائه بنفسه. وقد عد الفقهاء صدور التولية من الإمام للقاضي المعين شرطاً في صحتها ويؤكد ذلك الرحيباني بقوله: «وشرط لصحتها كونها من الإمام أو نائبه فيه - أي القضاء - لأنها من المصالح العامة كعقد الذمة ولأن الإمام صاحب الأمر والنهي فلا يفتات عليه في ذلك».[2] فإذا كان القاضي يستمد مشروعية توليته من الإمام، وكان الإمام يحدد للقاضي طبيعة الإختصاصات القضائية التي يتولاها، فلا غرابة بعد ذلك، إذا رأى الإمام أن من المصلحة العامة أن يتولى بعض الإختصاصات في بعض الأحيان، ومن ذلك الأمور التي يتظلم الناس منها، ويشعر الإمام بأن القاضي العادي لايمكنه وحده إزالة الظلم فيها، فينظر الإمام في تلك الأمور بنفسه، لاسيما إذا كان الذي يحركه في ذلك حرصه على تحقيق العدالة ورفع الظلم عن المظلومين، كما هو واضح من مقصد الخليفة الأموي عبد الملك بن مروان، وبشكل أكثر وضوحاً في تصرفات الخليفة الصالح عمر بن عبد العزيز.

ماذا يعني تدخل الخليفة والنظر في قضايا كان المفروض أن يفصل فيها القاضي العادي؟ لقد ذكر بعض الفقهاء والمؤرخين إلي أن سبب ذلك هو عدم قدرة بعض القضاة على تنفيذ بعض الأحكام الصادرة عنهم، أو لتوقع الناس أنهم غير

---

(١) الشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج في معرفة الفاظ المنهاج ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م، جـ٤، ص٣٧٢.

(٢) الرحيباني، مصطفى السيوطي، مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى، منشورات المكتب الإسلامي دمشق ١٣٨٠هـ - ١٩٦١م جـ٦، ص ٤٥٧.

قادرين على رد المظالم لصدورها عن أناس لهم مركزهم الإجتماعي والسياسي. وقد ذكر المؤرخون حالات معينة في ذلك دون أن يتحدثوا لنا عن نشأة قضاء مستقل يفصل بين القضاء العادي، وذلك المختص بالنظر في المظالم، ومع هذه الحقيقة وبالرغم منها فإننا نجد بعض المستشرقين قد حمل الأمر أكثر مما يحتمل، فشاخت مثلاً في بحث له عن القانون والعدل في الإسلام، يرى أن إيجاد مثل هذا القضاء يدل على إنهيار نظام القضاء الإسلامي، ويبني على ذلك آراء لاتستند إلي دليل علمي يمكن مناقشته، والتعرف على مصداقيته، ومن ذلك إدعاؤه بأن النظر في المظالم نظام أقيم لمعارضة القضاء العادي، وأن نشأة هذا النظام جاءت لتعالج الظلم الواقع من القضاة، وفي النهاية يصل به الأمر إلي القول بأن النظر في المظالم هو قضاء علماني في مواجهة القضاء الشرعي.(١)

وعلى الرغم من أن مناقشة مثل هذه الدعاوي الباطلة يكسبها شيئاً من الإحترام لاتستحقه، إلا أنه نظراً لكونها تتردد في كتابات كثير من المستشرقين فلابد من بيان ضعفها وعدم وجود ماتستند إليه من الأدلة. فالإدعاء مثلاً بأن ظهور قضاء المظالم سببه إنهيار نظام القضاء الإسلامي، يوحي بوجود أحداث وحالات مستفيضة من الفوضى، وعدم قدرة النظام القضائي على تطبيق العدل وبيان الحقوق والفصل في المنازعات، مع أن شيئاً من ذلك لم يحدث، ولم يورد شاخت أي شيء من ذلك. إن كل ما حدث وسبق أن أشرنا إليه هو عبارة عن حالات فردية غير مضطردة، وغير متكررة بكثرة يمكن أن يطلق عليها مسمى «ظاهرة» وتوصف بأنها إنهيار للنظام القضائي. ووجود النظام القضائي وإستمراريته لا يمنع من وجود بعض الحالات الخاصة هنا هناك،

---

(١) Schacht، المصدر السابق، ص ٥٥٦.

لم يستطع القاضي معالجة الإشكال فيها للأسباب التي ذكرناها سابقاً. ومع ذلك فإننا وجدنا الخليفة قد أخذ على عاتقه أن يتدخل في مثل تلك الحالات لتنفيذ الأحكام. وعلى الرغم من الإشارة إلى ظهور قضاء المظالم في هذه الفترة فإن مايمكن إثباته، وما أوردته المصادر هو مجرد حالات عابرة بين الحين والآخر، نظر فيها الخلفاء، وربما كان سبب هذا النظر أن أطراف القضية تقدموا إلي الخليفة طالبين النظر في موضوع الخلاف فأحس أن من واجبه أن يفعل ذلك بينما النظام القضائي جزء لايتجزأ من النظام العام في الدولة الإسلامية، ظل ينمو ويتطور منذ عهد الراشدين والمعلومات المتوافرة عن هذا النظام تبين أنه قام بدوره كاملاً، ولم يتأثر بتلك الحالات الطارئة.[1] وقد لاحظنا عندما أردنا أن نؤرخ للنظر في المظالم قلة المعلومات بل كان علينا أن نتصيدها تصيداً، حيث لم يكن هذا الأمر مشهوراً ولامنتشراً، ولم يكن كما يدعي شاخت يسير بشكل موازٍ ومعارض لنظام القضاء العادي.

أما قوله بأن نشأة هذا النظام جاءت لتعالج الظلم الواقع من القضاة، فلا أدل على ضعف دعواه الباطلة من أنه لم يتمكن من أن يعززها ولو بذكر حادثة واحدة من تاريخ نظام قضاء المظالم يظهر منها أن ناظر المظالم بحث في قضية لها هذه الصفة ، حيث من المعروف أن النظر في أحكام القضاة ليس من إختصاص السلطة، وحتى الخليفة الذي يعين القضاة كنواب عنه للحكم بين الناس لايملك النظر في أحكامهم، حيث أن استقلالية القضاء وحرمته أمر ظاهر في التاريخ الإسلامي، وأنه لا ولاية على القضاة في أحكامهم سوى ولاية الشريعة الإسلامية وأحكامها. فكيف مع ذلك يدعي شاخت بأن والي المظالم ينظر في أحكام القضاة ليزيل الظلم الواقع منهم على

---

(١) أنظر في ذلك رسالة الباحث المشار إليها سابقاً ص ٢١٧ - ٣٠٨.

المحكومين. وعندما نتحدث عن اختصاصات والي المظالم سيتبين لنا أن الناظر في المظالم لايحق له النظر في أحكام القضاة الصادرة. والدعوى الباطلة الأخرى هي إدعاء شاخت بأن ولاية المظالم قضاء علماني معارض للقضاء الشرعي، ويكفي للرد على تلك الدعوى أن نشير إلي نوعية القضاة الذين تولوا النظر في المظالم عبر التاريخ الإسلامي ليتبين لنا أنه لم يتصدر لهذا الأمر إلا من كان متمرساً في القضاء الشرعي. فعبد الملك بن مروان الذي تنسب إليه نشأة هذا النوع من القضاء، وعلى الرغم من كونه أحد كبار فقهاء التابعين الضليعين في أحكام الفقه الإسلامي لم يكتف بذلك، بل أنه أجلس معه قاضي دمشق في وقته أبا إدريس عائذ بن عبد الله الخولاني الأودي. ويقول أبو يعلي في ذلك : «فكان إذا وقف على مشكل، أو إحتاج فيها إلي حكم منفذ رده إلى قاضيه أبي إدريس الأودي، فينفذ أحكامه، فكان أبو إدريس هو المباشر، وعبد الملك هو الآمر».[1] فكيف مع ذلك يدعي شاخت بأن النظر في المظالم قضاء علماني معارض للقضاء الشرعي، والذي يتولاه هم المختصون بالفقه الإسلامي والمتمرسون في القضاء الشرعي، سواءً في عهد الدولة الأموية عند بداية هذا النظام أو في الدولة العباسية بعد ذلك، ثم في المراحل التاريخية المتعاقبة.

وفي ختام حديثنا عن نشأة هذا النوع من القضاء، وبعد مناقشتنا لأسباب ظهوره، وما قيل في ذلك من الحقائق والدعاوي، أجدني متجهاً إلى الرأي القائل بأن هذا النظام أوجدته الحاجة إلتي رآها الخلفاء بعدما تفشي الظلم بين الناس، وبعدما تسلط بعض الولاة على الرعية، وربما حدث إعتداء على حقوق بعضهم، وكثرت

---

(١) أبو يعلي، المصدر السابق، ص ٥٩.

الشكاوي لهؤلاء الخلفاء الذين رأوا أن مسؤولياتهم تحتم عليهم إيجاد وسيلة لردع الظالمين والإنتصار لحقوق المظلومين، على الرغم من أن ذلك لم يصل إلى الدرجة التي أصبحت تشكل ظاهرة، ولعل تدخل الخلفاء يعود إلي رغبتهم في إحتواء مثل هذه الظواهر قبل أن تستفحل. لذا فهو في نشأته نظام إسلامي خالص لايعتمد على تراث العرب قبل الإسلام، ولا على نظم الإدارة الساسانية ، وإنما نجد أصله في اهتمام الإسلام بالعدل واعتباره أساس الحكم، ونهى القرآن عن الظلم وتحريم رب العباد الظلم على نفسه وجعله محرماً بين عباده، وتطبيق النبي صلى الله عليه وسلم للعدل في عصره، وسلوك خلفائه الراشدين مسلكه، ومتابعتهم لعمالهم ومحاسبتهم لهم وردع الظالم منهم، وأخذ الحق منه تطبيقاً لما ورد في القرآن من نصوص قاطعة محرمة للظلم، وماورد في سنة الرسول عليه الصلاة والسلام من تأكيد لذلك، وهو ماأشرنا إليه في بداية هذا البحث، ومن هنا قال ابن تيمية:«الظالم يستحق العقوبة والتعزير وهذا أصل متفق عليه».(١) وإنني أتفق مع رأي محمد العوا عندما قال عن نشأة هذا النظام: «وليس بعيداً أن يقال أن الإحساس بسوء عاقبة الظلم وقبح آثاره هو الذي دعا الخلفاء من بني أمية وبني العباس ومن بعدهم الملوك والأمراء إلى اتخاذ الوسائل المفضية إلى منع الظلم والقضاء عليه (٢).

---

(١) ابن تيمية ، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، دار الكتب العربية، بيروت. ١٣٨٦هـ. ص٣٩.

(٢) العوا، المصدر السابق، ص ٩٧٩.

تطور ولاية المظالم:

النظر في المظالم كما أوضحنا في حديثنا عن نشأته بدأ بسيطاً لايعدو كونه استجابة من بعض الخلفاء الأمويين والعباسيين للشكاوي المرفوعة إليهم ضد بعض الأفراد ذوي النفوذ في الدولة بحكم مناصبهم أو مركزهم الأسري كما عرفنا من طريقة عمر بن عبد العزيز ورده لمظالم بني أمية، دون أن يكون هناك تنظيم معين لهذا النوع من القضاء، ولا من يمارسه، ولاتحديد لإختصاصه. ويرى أحد الباحثين أن النظر في المظالم كان من إختصاص الخليفة وحده قبل اضمحلال الخلافة، ثم بعد أن ضعفت سلطة الخليفة كان ذلك من إختصاص الوزراء[١] ولكي نتعرف على تطور هذا النظام من كونه مجرد استجابة لشكاوي المتظلمين إلى رأس السلطة في الدولة، وهو الخليفة، إلي أن أصبح نظاماً خاصاً يعالج نوعاً معيناً من القضايا، فلابد من استعراض ولو بشكل موجز المراحل التي مر بها هذا النظام، حتى تمكن الفقهاء الذين ألفوا في النظم الإسلامية كالماوردي وأبي يعلي أن يتحدثوا عنه بشكل مفصل ومستقل عن ولاية القضاء.

إن نشأة هذا النظام كانت في حوالي العقدين السابع أو الثامن من القرن الأول الهجري خلال خلافة عبد الملك بن مروان (٦٥ - ٨٦هـ) حيث المصادر تكاد تجمع على أنه أول من جلس للنظر في المظالم مع قاضيه أبي إدريس الخولاني. ولانكاد نعرف عن هذه البداية سوى ما أشار إليه كل من الماوردي وأبي يعلي من أن عبد الملك هو الآمر وقاضيه هو المباشر.[٢] وكأن الأمر مجرد إضفاء القوة على أحكام القاضي.

---

(١) الحكيم ، المصدر السابق ، ص ٦٠٣ .

(٢) أبو يعلي، المصدر السابق، ص ٥٩، الماوردي، المصدر السابق، ص ٧٨.

ولم تتحدث المصادر عن مصير هذا التطور في النظام القضائي بعد خلافة عبد الملك بن مروان. إلا أننا وجدنا الباحثين في سيرة عمر بن عبد العزيز والمؤرخين لفترة خلافته (٩٩ - ١٠١هـ) تحدثوا باستفاضة عن قبوله للعديد من الشكاوي والتظلمات ضد عمال الدولة، وضد أفراد الأسرة الحاكمة من بني أمية، بل حتى ضد الخلفاء السابقين. وأنه أخذ على عاتقه النظر في هذه المظالم، وبعد التحقق منها، كان ينصف المظلوم من ظالمه، حياً كان الظالم أو ميتاً.[١]

لم تشر المصادر المتوافرة إلي وجود قاضٍ مع الخليفة الأموي عمر بن عبد العزيز عند توليه النظر في المظالم كما كان يفعل عبد الملك بن مروان، ولعل السبب في ذلك يعود إلي أن عمر بن عبد العزيز نفسه كان من العلماء الضليعين بأحكام الفقه، وقد تتلمذ على فقهاء المدينة السبعة، لاسيما عبيد الله بن عبد الله بن عتبة، وقد عده الشيرازي في طبقات الفقهاء من بين فقهاء عصره.[٢] وكان القضاة في عهده إذا أشكل عليهم أمر كتبوا إليه في شأنه.[٣] ماحدث في عهد عمر بن عبد العزيز كان آخر إشارة في المصادر عن النظر في المظالم في العهد الأموي، ثم أعقب ذلك الصراع الذي نشب في الثلث الأول من القرن الثاني، والذي انتهى باستقرار الأمور في الدولة العباسية. بعد ذلك تورد المصادر أن المهدي خلال خلافته (١٥٨ -

---

(١) السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن ، تاريخ الخلفاء، تحقيق: قاسم الرفاعي، ومحمد العثماني، دار القلم، بيروت. ١٤٠٦هـ - ١٩٧٦م، ص ٢٥٩ - ٢٧٥.
ابن عبد الحكم، أبو محمد عبد الله، سيرة عمر بن عبد العزيز، مكتبة وهبة، ومطبعة الإعتماد، القاهرة، ١٣٧٣هـ - ١٩٥٤م ص ٧٧، ١١٤، ١٢٥، ١٣٦، ١٤٠.

(٢) الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، طبقات الفقهاء، تحقيق : د. إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت ١٩٧٨م ص ٦٠ ، ٦٤.

١٦٩هـ) هو أول من جلس للمظالم من بني العباس جلوساً عاماً.(١) وكان يدخل القضاة إلي مجلسه قبل أن يبدأ في النظر في المظالم قائلاً: «أدخلوا على القضاة فلو لم يكن ردي للمظالم إلا للحياء منهم لكفى».(٢) ولعله عبر في هذه العبارة الموجزة عن إحساس السلطة التنفيذية بالحرج من عدم تمكن بعض القضاة من انفاذ بعض الأحكام، لاسيما تلك المتعلقة بالمظالم، مما يضطر الناس بسببه إلى أن يرفعوا الأمر إلى الخليفة. وعلى الرغم من أن أبا يعلي قد ذكر الخلفاء العباسيين الذين جلسوا للمظالم بأنفسهم وقال : «فكان أول من جلس لها منهم المهدي ثم الهادي ثم الرشيد ثم المأمون. وآخر من جلس منهم المهتدي».(٣) إلا أن المصادر الأخرى عند حديثها عن ولاية المظالم في عصور هؤلاء الخلفاء لم تتحدث عن صورة واحدة من النظر في المظالم ، فقد كانت هناك أشكال مختلفة من النظر فيها فعلى حين جلس له المهدي والهادي بنفسيهما كما ذكر أبو يعلي، نجد أن هارون الرشيد في بداية عهده (١٧٠ - ١٩٣هـ) قد فوض مسئولياته الخلافية إلي وزيره ومحل ثقته يحي بن خالد البرمكي، ويروي لنا الجهشياري ذلك الحدث، ويشير إلى أمر التقليد الصادر من الخليفة لوزيره وفيه مايلي: «قد قلدتك أمر الرعية وأخرجته من عنقي إليك فاحكم بما

---

(١) ابن سلام، أبو عبيد القاسم ، الأموال ، تحقيق: محمد حامد الفقي، المكتبة التجارية القاهرة، ١٣٥٣هـ.ص٢٥٦. ٢٨٩.

(٢) ابن طباطبا، محمد بن علي المعروف بابن الطقطقي، الفخري في الآداب السلطانية، دار صادر بيروت، ١٣٨٤هـ- ١٩٦٦م، ص ١٨٩.

(٣) ابن طباطبا، المصدر السابق، ص١٢٩.

(٤) أبو يعلي، المصدر السابق، ص ٥٩.

ترى ، واستعمل من شئت ، أو أسقط من رأيت ، فإني غير ناظر معك في شيء ".[1] وبمقتضى هذا التفويض العام فقد كان ليحي إدارة أمور الرعية، والنظر في شئونهم، مما جعل يحي وأولاده الفضل وجعفر يجلسون للناس جلوساً عاماً في كل يوم،وينظرون في أمور الناس وحوائجهم كما ذكر الجهشياري.[2]

ولنا أن نتصور أنه في ظل هذه الظروف فإن النظر في المظالم الذي كان من إختصاص الخليفتين قبل هارون قد أصبح من إختصاص الوزير المفوض باعتبار أنه كان يقوم بدور نائب الخليفة. وإذا كان الوزير الأول ينظر في المظالم في عهد هارون الرشيد، فقد أصبح هذا الأمر متبعاً في عهد ابنه محمد الأمين (١٩٣ - ١٩٨هـ) حيث كان الوزير اسماعيل بن عليه علي المظالم، ولما توفي تولى المظالم قاضي بغداد محمد بن عبد الله الأنصاري.[3]

وفي عهد الخليفة المأمون (١٩٨ - ٢١٨هـ) كان قاضيه يحيى بن أكثم متولياً للقضاء والمظالم وكانت الشكاوي تقدم أحياناً للخليفة نفسه فيحيلها على قاضيه، كما حدث مع تلك المرأة التي اشتكت على الخليفة ابنه العباس لأنه غصبها ضياعاً لها، فأحال الخليفة القضية على قاضيه، فأجلسها القاضي مع العباس، بحضور الخليفة حيث سمع محاورتهما ثم قضى لها القاضي على ولد المأمون. فأمر المأمون برد ضياعها إليها، ويقول الماوردي، عن هذه القضية أنها كانت بمشهد الخليفة ولم يباشر

---

(١) الجهشياري، أبو عبد الله محمد بن عبدوس ، كتاب الوزراء والكتاب، تحقيق: مصطفى السقا وآخرون، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة ١٣٥٧هـ-١٩٣٨م، ص ١٣١.

(٢) نفسه.

(٣) ابن قتيبة، المعارف، المصدر السابق، ص ٢٨٤.

النظر بنفسه.[1] وعندما تولي الخليفة المعتصم من بعد المأمون (٢١٨ - ٢٢٧هـ) أسند المظالم إلى القاضي الأول في الدولة أحمد بن أبي دؤاد.[2] ونظراً لدور ابن أبي دؤاد في الإعتزال وفتنة القول بخلق القرآن أبعد عن منصبه هذا عندما رفعت الفتنة عن الناس في عهد المتوكل (٢٣٢ - ٢٤١هـ). وقد ولى المتوكل من بعده ابنه القاضي محمد بن أبي دؤاد، حيث تولى القضاء والمظالم في عهد المتوكل.[3] ولكن المتوكل مالبث وأن رضي عن قاضي المأمون الشهير يحيى بن أكثم فأسند إليه في عام ٢٣٧هـ القضاء والمظالم.[4]

وفي آخر خلافة المعتمد على الله (٢٥٦ - ٢٧٩هـ) يحدثنا ابن الجوزي عن ولاية المظالم فيقول: «وفيها - سنة ٢٧٧ - ولي أبو محمد يوسف بن يعقوب بن اسماعيل بن حماد المظالم بمدينة السلام فقويت يده، فنادى من كانت له مظلمة من قبل الأمير الناصر فما دونه من الناس فليحضر، وظهر من صرامته وقيامه بالأمر مالم ير مثله».[5] وقد أكد هذا الخبر ابن الأثير في الكامل.[6] وهذا الأمير الذي أراد متولي

---

(١) الماوردي، المصدر السابق، ص ٨٥.

(٢) ابن خلدون، المصدر السابق، ص ٢٢٢.

(٣) ابن تغري بردي، جمال الدين أبو المحاسن يوسف الأتابكي، النجوم الزاهره في ملوك مصر والقاهرة، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة. ١٣٤٩هـ ١٩٣٠م، جـ٢، ص ٢٠٠.

(٤) المصدر السابق، ص ٢٩٠.

(٥) ابن الجوزي، أبو الفرج عبد الرحمن بن علي، المنتظم في تاريخ الملوك والأمم، مطبعة دار المعارف العثمانية، حيدر آباد، ١٣٥٧هـ - جـ٥، ص ١٠٥.

(٦) ابن الأثير، عز الدين أبو الحسن علي بن محمد السفياني، الكامل في التاريخ، نشر دار صادر ببيروت ١٣٨٥هـ - ١٩٦٥م، - جـ٧، ص ٤٣٩.

المظالم أن يؤكد اهتمامه برد المظالم حتى لو أنها صدرت عنه، هو الأمير أبو أحمد الناصر لدين الله الموفق أخو الخليفة المعتمد على الله وابن المتوكل. وقد كان أخوه المعتمد آثر اللذة وابتعد عن أمور الحكم، فغلب أخوه الموفق على الأمور وتدبيرها.[1] وبالتالي فقد كان الموفق ولي عهد المسلمين والرجل الثاني في الدولة، بل لنقل الرجل الأول بعد أن انصرف المعتمد عن شئون الحكم، فكانت مسئولياته من إختصاص أخيه الموفق. وقد ذكر ابن كثير بأنه كان على قدر كبير من الحكمة والعقل وقال أيضاً: «وكان غزير العقل حسن التدبير يجلس للمظالم وعنده القضاة فينصف المظلوم من الظالم».[2] ولعل تولي حماد النظر في المظالم كان عندما مرض الموفق، الذي كان قائماً على أمور الدولة طيلة حكم أخيه إلي مرضه الذي توفي فيه في صفر سنة ٢٧٨هـ.[3]

وفي عهد المعتضد بالله (٢٧٩ - ٢٨٩هـ) كان وزيراه عبيد الله بن سليمان ثم القاسم بن عبيد الله ينظران في أمور الناس وتظلماتهم، وإذا شعر بأهمية الشكوى جلس هو من خلف الستر بحيث يسمع مايدور، ومن ثم يأمر بما يراه، ومن ذلك ماأشار إليه المسعودي من أن أهل البصرة قدموا عليه شاكين من محن الزمان، وجدب لحقهم، وجور من العمال إعتورهم، وألحوا بالصياح والضجيج، فجلس لهم المعتضد من وراء حجاب، وأمر الوزير القاسم بن عبيد الله بالجلوس لهم من حيث يسمع المعتضد

---

(١) المسعودي، أبو الحسن علي بن الحسين بن علي، مروج الذهب ومعادن الجوهر، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، مطبعة المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، ١٣٧٧هـ - جـ٤، ص١١٢.

(٢) ابن كثير، المصدر السابق جـ١١، ص ٦٣.

(٣) المسعودي، المصدر السابق، جـ٤، ص ٢٢٨.

خطابهم، وفي النهاية أمر وزيره بأن يكتب لهم مايريدون ويجيبهم إلي ماسألوه وأن لايصرفهم إلا شاكرين.(١)

وفي عهد المقتدر بالله (٢٩٥ -٣٢٠هـ) كان نظر المظالم من إختصاص الوزير الأول على بن محمد بن موسى بن الفرات، كما يذكر الصابي(٢) وأنه كان يحدد يوماً يعينه يكون معلوماً للناس يقصدونه فيه بتظلماتهم وشكاويهم، وهو يوم الأحد من كل إسبوع وعندما أراد في أحد أيام الأحد أن يأخذ اجازة للراحة.، عاد وفكر في أمر القادمين إليه من مناطق الدولة المختلفة فقال: «كيف نتشاغل نحن بالسرور، ونصرف عن بابنا قوماً كثيرين قد قصدونا من نواح بعيدة، وأقطار شاسعة مستصرخين متظلمين، فهذا من أمير، وهذا من عامل، وهذا من قاض، وهذا من متعزز. ويمضون مغمومين داعين علينا، والله ماأطيب نفساً بذلك».(٣) ثم طلب من مساعديه أن ينظرا في رقاع الناس ودعاويهم يمضيا فيها مايريانه، فيما يجوز لهما النظر فيه، ويستبعدا منها مالا يدخل ضمن ما فوض لهما من قبل الوزير. وفعلاً أنجز مساعداه كثيراً من أمور الناس، إلا تلك المسائل المستبعدة والتي رفعت إلي الوزير لينظر فيها، ولكي يوقع عليها بما يراه.(٤)

ومن أطرف ماحدث خلال خلافة المقتدر ماورد ذكره في المصادر من تصدي

---

(١) المصدر السابق، ص ٢٣٨.

(٢) الصابي، أبو الحسن الهلال بن المحسن، الوزراء أو تحفة الأمراء في تاريخ الوزراء، تحقيق: عبد الستار أحمد فراج، مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة ١٩٥٨م، ص ٦٠.

(٣) المصدر السابق، ص ١٢٢.

(٤) نفسه.

العنصر النسائي لقضية المظالم، فقد أورد ابن الجوزي في أحداث سنة ٣٠٦هـ أن السيدة أم المقتدر أمرت قهرمانة لها تعرف بثمل أن تجلس بالتربة التي بنتها في الرصافة للمظالم وتنظر في رقاع الناس في كل جمعة، فجلست وأحضرت القاضي أبا الحسن ابن الإشنائي. وأكد ابن الجوزي على جلوسها للمظالم بقوله:«قعدت ثمل القهرمانة في أيام المقتدر للمظالم، وحضر مجلسها القضاة والفقهاء».(١) ولكن القلقشندي يعلل هذا الحدث النادر بقوله: «عندما بويع المقتدر كان صغيراً في سن الثلاث عشرة سنة، فاستقل الوزراء والكتاب بتدبير الأمور، وغلب على أمره النساء والخدم، حتى أن جارية لأمه تعرف بثمل القهرمانة كانت تجلس للمظالم ويحضرها القضاة والفقهاء فأختل الأمر بسبب ذلك».(٢)

لو أننا تتبعانا التطور الذي حدث لولاية المظالم في عهد الخلافة العباسية لو جدنا مايلي:

أولاً: من حيث تولي النظر في المظالم، فإن المعلومات الواردة والتي ذكرناها في عرضنا السابق عن العهود المختلفة لخلفاء بني العباس تشير إلي أنه في المرحلة الأولى من هذا العهد، كان النظر في المظالم من إختصاص قاضي القضاة في بغداد، وهذا ملاحظ في عهود كل من الأمين والمأمون والمعتصم والمتوكل، حيث كان قضاتهم ينظرون في المظالم المقدمة إليهم. وفي المرحلة الثانية في أواخر القرن الثالث الهجري، وجدنا أن النظر في المظالم أصبح من إختصاص الوزراء المفوضين الذين يتحملون أعباء الحكم عن الخليفة، وقد أوردنا أمثلة على ذلك في عهود كل من

---

(١) ابن الجوزي، المصدر السابق، جـ٦، ص١٤٨.

(٢) القلقشندي، أحمد بن عبد الله، مأثر الأنافة في معالم الخلافة، تحقيق : عبد الستار أحمد فراج، نشر عالم الكتب ، بيروت ١٩٦٤، جـ١، ص١٤٨.

المعتضد بالله والمقتدر. أما ماورد عن تعيين شخص لتولي النظر في المظالم خلال هاتين المرحلتين فقد كان أمراً نادراً، وربما حدث لفترة وجيزة ولأسباب خاصة. كما يلاحظ أنه نادراً مايجلس الخليفة للنظر في المظالم بنفسه، أو أن يرجع إليه في أمور المتظلمين إلا في بعض الأمور التي قد تتسم بحساسية خاصة، كما حدث عندما تظلم أهل البصرة من أوضاعهم للخليفة المعتضد. ومع ذلك فهو لم يظهر بشكل مباشر، وإنما جلس خلف الستر بحيث يسمع كلامهم ويأمر بما يراه بعد ذلك.

ثانياً: يبدو أنه خلال القرن الثالث الهجري حدث تطور هام في ولاية المظالم، ذلك هو إنشاء ديوان خاص بها يتولاه مسئول كبير في الدولة لتنظيم أمور المظالم وسجلاته، ومن حيث تلقى المظالم وعرضها على من ينظر فيها، وبعد ذلك تدوين القرارات الصادرة عنه، ومما يؤكد ذلك أن ابن الفرات وزير المقتدر، والذي كان يتولى النظر في المظالم، عندما طلب من مساعده ابن مقله أن ينظر في المظالم بدلاً عنه لإجازة عارضة طلب منه أن يصطحب معه إلي المجلس أحمد بن عبد الله بن رشيد، وقال عنه صاحب ديوان المظالم. والأمر الظاهر أن صاحب الديوان كان شخصاً غير الذي ينظر في المظالم. وإلا لما أحتاج ابن الفرات أن يطلب من ابن مقله أن ينظر في المظالم بدلاً عنه، ولأكتفي بصاحب الديوان، ولكن كان ابن مقلة ينظر ويقرر، كما هو ظاهر من الرواية، وصاحب الديوان، يسجل ويأمر بالنفاذ.(١) كذلك وردت الروايات المؤكدة لوجود سجلات لدى ديوان ولاية المظالم تسجل فيه كل المظالم المرفوعة، كما يسجل فيها القرارات الصادرة بشأنها، حتى يسهل الرجوع إلي ذلك عند الحاجة. ومن هذا القبيل ماحفظه لنا الصابي عن تلك الحادثة التي عرضت للوزير ابن الفرات في

---

(١) الصابي، المصدر السابق، ص ١٢٢.

آخر ولايته، وكان ذلك بالتحديد سنة ٢٩٨هـ، حينما تقدم إليه خصمان متظلمان في دكاكين متنازع عليها بينهما بالكرخ من بغداد، وبعد أن تأملهما كأنه عرف أن أحدهما سبق وأن مثل بين يديه في نزاع سابق حول هذه الدكاكين، وعندما استفسر عن ذلك تبين له أن ذلك الشخص الذي سبق له رؤيته هو والد الشخص الماثل أمامه، ولشدة الشبه حسبه هو، وأخبره الإبن بأن والده سبق له وأن رفع تلك القضية إلي المظالم. فأمر الوزير ابن الفرات بإخراج التوقيعات الخاصة بسجل المظالم لسنة ٢٨٢هـ أي قبل حوالي ستة عشر عاماً، وفعلاً أخرجت من الديوان، وتبين منها أنه سبق وأن حكم في تلك الدكاكين لصالح والد المتظلم، مما دعا الخصم إلي الإنسحاب من الجلسة.(١)

نظر المظالم في الولايات والأقاليم:

لقد اقتصر عرضنا السابق على نظر المظالم في عاصمة الخلافة في بغداد في العصر العباسي الأول، وإذا كان كثير من الناس في المرحلة الأولى من هذا العصر يقصدون بغداد للتظلم من الأمراء والعمال، كما أشار ابن الفرات في حديثه السابق، إلا أن الظروف السياسية للدولة وضعف مركز الخلافة وسلطاتها في المناطق الأخرى أدى إلي نشوء دويلات تتمتع بنوع من الإستقلال الذاتي. وبناءً على هذا التطور فإننا نجد أن تلك الدول أصبحت تباشر المسؤوليات التي كانت من قبل من إختصاص الخليفة أو من ينيبه، وبدأت المصادر تتحدث عن أن ولاية المظالم في تلك الدويلات يباشرها الأمراء أو من ينيبونهم عنهم. وكمثل على هذا التطور وللمقارنة بين المرحلتين، مرحلة قوة مركز الخلافة في بغداد ومرحلة ضعفه، يلاحظ في المرحلة

---

(١) المصدر السابق، ص ١٦١.

الأولى، وبالتحديد في عهد هارون الرشيد (١٧٠ - ١٩٣هـ) في العصر العباسي الأول، أن الشكاوي من المناطق تصل إليه، ومن تلك المناطق مصر حيث يروي لنا الجهشياري، أنه لما كثرت الشكاوي والتظلمات التي تصل إلى الخليفة في بغداد ضد والي مصر في تلك الفترة موسى بن عيسى الهاشمي، اضطر الخليفة أن يبعث خفية من يتحقق من تلك المظالم ويردها إلي أصحابها.(١)

ويورد الكندي بعض الإشارات إلي بداية تولية النظر في المظالم في مصر لبعض الأشخاص دون أن يوضح هل كانت تلك التولية من قبل الخليفة أو من قبل والي مصر. فعندما تحدث عن زيارة المأمون لمصر أشار إلي جلوس وزير المأمون الفضل بن مروان للناس، وأنه قد حضر مجلسه القاضي يحيى بن أكثم، وهو القاضي الأول في الدولة وأحمد بن دؤاد، كما حضر مجلسه اسحاق بن حماد بن زيد، وهو يؤمئذٍ على المظالم بمصر. (٢) فهل كان الخلفاء يعينون أشخاصاً ليفصلوا في مظالم الناس في المناطق البعيدة عن عاصمة الخلافة، حتى لايتجشم الناس عناء السفر إلي العاصمة للتظلم لدى الخليفة أو من ينيبه للنظر في المظالم؟ أم أن تلك المبادرة اتخذت من قبل الولاة أنفسهم، ولعل من كان مثل اسحاق بن حماد إنما كان مسئولاً عن التظلمات والشكاوي المقدمة من الناس، وعرضها على من يتولى الحكم فيها، ثم انفاذ مايتقرر بشأنها. ومما يؤيد هذا التفسير أن الولاة أنفسهم قد نظروا في المظالم، وقد أورد الكندي مايؤيد ذلك عند حديثه عن والي مصر عنبسة بن اسحاق العتبي وأنه كان يتولى مظالم عماله ويردها على الناس، وأنه أقام العمال للناس وأنصف

---

(١) الجهشياري، المصدر السابق، ص ٢١٧.

(٢) الكندي، المصدر السابق، ص ٥٠٢.

منهم.[1] وقد أيده في ذلك بن تغري بردي.[2]

ولكن في الفترة الثانية، وبعد ماحدث الإستقلال شبه الكامل عن مركز الخلافة في بغداد، أصبح الأمراء في تلك الدويلات يجلسون للمظالم بأنفسهم أحياناً، ويوكلون ذلك إلى قضاتهم في أحيان أخرى، ففي القرن الرابع الهجري جلس للقضاء والمظالم بمصر القاضي محمد بن أحمد بن محمد أبو بكر الحداد المصري الفقيه بأمر من الإخشيد بن طفح، ويقول الراوي، وكان القاضي يومئذ ينظر في المظالم ويوقع فيها.[3] أما في عهد كافور الإخشيدي بعد ذلك فكان ينظر في المظالم بحضور قاضيه الخصيبي وذلك في حدود منتصف القرن الرابع الهجري.[4]

ناظر المظالم: مجلسه وإختصاصه القضائي:

ولاية المظالم كما أوضحنا سابقاً نشأت تبعاً للحاجة إليها في أواسط العهد الأموي، استجابة للتظلمات التي تقدم للخليفة، وكانت البداية بسيطة حيث يجلس الخليفة ويستمع الشكاوى بصرف النظر عن نوعيتها، وعلى قاضيه أن يحكم فيها ومن ثم ينفذ الحكم. ولكن كما عرفنا مع مرور الزمن تطور هذا الوضع، وأصبح لكل عصر طابعه الخاص، وطريقته في معالجة المظالم. ففي وقت من الأوقات كان الخلفاء ينظرون في المظالم بأنفسهم بمساعدة قضاتهم، وفي وقت آخر فوضوا الأمر إلي قضاتهم، وأحياناً إلى وزرائهم. وكما اختلفت طريقة النظر في المظالم فإننا نلاحظ

---

(١) المصدر السابق، ص ٢٠٠.

(٢) ابن تغري يردي، المصدر السابق، جـ٢، ص٢٩٤.

(٣) الكندي، المصدر السابق، ص ٥٥٢.

(٤) المصدر السابق، ص ٥٧٧.

اختلافاً في طبيعة القضايا المنظورة من قبل الناظر في المظالم. وإذا كانت المصادر المتخصصة في السياسة الشرعية والفقه والدستور قد بحثت في طبيعة هذه الولاية وكيفية ممارسة متوليها لإختصاصه، وتحديد ذلك الإختصاص، إلا أننا يجب ألا نغفل أن تلك المراجع قد دونت في بداية القرن الخامس الهجري، ولابد أن يؤخذ بعين الإعتبار أن أولئك المؤلفين كانوا يكتبون وهم متأثرون بعصرهم الذي يعيشونه، وبالتالي فإن ماذكروه عن إختصاص والي المظالم قد يصدق على عصرهم، وقد لايصدق على العصور التي سبقتهم، حيث أن هذا النوع من الإختصاص القضائي قد سبقت نشأته تأليفهم بعدة قرون ، لذا وجدنا أنهم قد تأثروا بالتطور التاريخي لولاية المظالم، كما تأثروا بعصرهم. يضاف إلى ذلك الرغبة العلمية في التنظير لهذا النوع من النظر القضائي، وربما تحسين واقعه ، وإزالة ماقد يوجه إليه من نقد، وأن من أهم الكتابات التي ظهرت في هذه المرحلة حول ولاية المظالم ماورد في كتابي الأحكام السلطانية لكل من محمد بن حبيب الماوردي، وأبي يعلي وكلاهما من القضاة المشهورين في عصرهم.

ولنأخذ وصف أبي يعلي لمجلس الناظر في المظالم، ورأيه أن عليه أن يخصص يوماً معروفاً حتى يقصده المتظلمون، وقد كان هذا التطبيق سائداً في أوائل القرن الرابع الهجري كما عرفنا ذلك من طريقة الوزير ابن الفرات في عهد المقتدر، عندما كان يخصص يوم الأحد للنظر في المظالم، وأنه لم يتخلف عن هذا الموعد، حتى عندما أراد أخذ إجازة، أناب عنه من يقوم مقامه.[1] ولكن أبا يعلي يبين أن ذلك في حالة كون الناظر في المظالم له عمل آخر، أما إذا كان مختصاً بالنظر في المظالم فقط،

---

(١) المصدر السابق، ص١٢٢.

فعليه أن يكون في كل الأيام مستعداً للنظر في القضايا المعروضة عليه، ولاندري ماهو مصدر هذا الرأي لأبي يعلي، هل كان التطبيق السائد في عصره؟ أم أن لديه معلومات تشير إلى أن العصور التي سبقت عصره قد أوجدت ناظراً مختصاً بالنظر في المظالم في كل الأيام؟ أم أن ذلك يشكل رأياً خاصاً لأبي يعلي يقصد من ورائه تفرغ ناظر المظالم للنظر في التظلمات والشكاوى، حتى لاتتعطل مصالح الناس؟ في الواقع من خلال البحث لم نجد في المصادر مايؤيد فكرة وجود التفرغ لناظر المظالم، أو حتى وجودها كوظيفة مستقلة من وظائف الدولة الرئيسية، على الأقل في المراحل التي سبقت عصر الماوردي وأبي يعلي، أو حتى في عصرهما. ويجب علينا ألا نخلط بين ناظر المظالم وبين ماذكرته المصادر عن تعيين شخص مسؤول عن ديوان المظالم. وقد سبق أن بينا أن ذلك الشخص كان يتولى الإشراف على عمل الديوان وتنظيم سجلاته، واستقبال المظالم وعرضها على من يتولى النظر فيها. ومما يعزز أن ذلك كان رأياً لأبي يعلي قصد من ورائه تسهيل أمور الناس ، أنه قد أشار إلي ضرورة تسهيل عملية الوصول إلي مجلس ناظر المظالم دون عقبات من الحجاب، ومن المعروف أن الحجابة وصعوبة الدخول على الشخص لاتحدث إلا عندما يكون ناظر المظالم مسؤولاً كبيراً كالخليفة أو من ينيبه من كبار وزرائه وقضاته.

وقد ذكر أبو يعلي نوعية الناس الذين يجب أن يحضروا مجلس الناظر في المظالم، حيث لا يستغنى عنهم. ويقول عنهم: «ويستكمل مجلس نظره بحضور خمسة أصناف لايستغني عنهم، ولا ينتظم نظره إلا بهم، أحدهم الحماة والأعوان لجلب القوى وتقويم الجريء والثاني القضاة والحكام لاستعلام ما يثبت عندهم من الحقوق والثالث، الفقهاء ليرجع إليهم فيما أشكل عليه، ويسألهم عما إشتبه. الرابع، الكتاب ليثبتوا ماجرى بين الخصوم وما توجه لهم أو عليهم من الحقوق. والخامس، الشهود ليشهدهم

على ماأوجبه من حق أو أمضاه من حكم».[1] إن هذا الوصف لمجلس ناظر المظالم، ومن يحضرون مجلسه يؤكد أن الناظر للمظالم، أحد المسؤولين الكبار في الدولة، الذين يخصصون يوماً بعينه للنظر في المظالم، لأنه يكاد يكون من المستحيل أن تجتمع تلك الأصناف الذين ذكرهم أبو يعلي كل أيام الأسبوع، حيث أن لكل صنف من هؤلاء عملاً يقوم به لاسيما القضاة والفقهاء، وبالتالي سيتعذر عليهم حضور المجلس إذا كان بشكل دائم، لما يترتب على ذلك من منعهم من ممارسة الأعمال المنوطة بهم، ومما يدعم وجهة النظر القائلة بعدم وجود مسؤول متفرغ للنظر في المظالم ماذكره المقريزي في خططه، وهو يصف مجلس المظالم في عصره، حيث يقول: «كانت العادة أن السلطان يجلس بهذا الإيوان بكرة الإثنين والخميس طوال السنة خلا شهر رمضان المبارك».[2] وذكر الذين يحضرون مجلس السلطان، وهم لا يبعدون كثيراً عمن ذكرهم أبو يعلي. بالنسبة لإختصاص ناظر المظالم، فعند مناقشة كل من الماوردي، وأبي يعلي لذلك وجدنا أنهما قد ذكرا إختصاصات متنوعة، منها مايدخل في إختصاص السلطة التنفيذية، ومنها مايدخل في إختصاص رجال الحسبة، ومنها مايدخل في إختصاص القضاء. وفيما يلي عرض لتلك الإختصاصات، كما ذكرت في الأحكام السلطانية لأبي يعلي وهي أنواع عشرة:

أولاً : النظر في تعدي الولاة على الرعية.

ثانياً: جور العمال في جبايتهم للأموال من الناس.

ثالثاً: النظر في سجلات الدواوين، ومراجعة حساباتهم على أساس أنهم

---

(١) أبو يعلي، المصدر السابق، ص ٦٠.

(٢) المقريزي، تقي الدين أحمد بن علي، المواعظ والإعتبار بذكر الخطط والآثار، المطبعة الأميرية ببولاق، القاهرة ١٢٩٤هـ جـ٢، ٢٠٧.

أمناء على الأموال العامة.

رابعاً: النظر في أحوال أهل الأعطيات المفروضة وتظلمهم في نقص أرزاقهم، ومن هو المسئوول عن ذلك ليحاسب سواء من العمال أو من غيرهم.

خامساً: رد الغصوب من غاصبيها على أهلها، وهنا نجد أن أبا يعلي يفصل أنواع تلك الغصوب، ويقسمها إلى قسمين:

الغصوب السلطانية، والتي صودرت من قبل ولاة الجور، وعليه إعادتها لأصحابها سواء بتظلم منهم، أو لعلمه بوقوع ذلك الغصب.

أما النوع الثاني من الغصوب فهو الذي يحدث نتيجة لتغلب أصحاب الأيدي القوية، وتصرفهم فيما إغتصبوه تصرف المالكين، فهذا النوع لاينظر فيه إلا بطلب من أصحاب الحق أو إعتراف الغاصب، أو أن يعلم ناظر المظالم بذلك الغصب فيحكم بعلمه، أو عندما توجد بينة تشهد على حدوث الغصب ويتم الحكم بمقتضاها. سادساً: النظر في الوقوف وهي أنواع: أوقاف عامة له إختصاص بنظرها مبدئياً وإن لم يكن فيها متظلم. وأوقاف خاصة، نظره فيها متوقف على تظلم أهلها عند التنازع.

سابعاً: متابعة ناظر المظالم لتنفيذ الأحكام الصادرة عن القضاة، مما لم ينفذ لأسباب مختلفة، بين ضعف القضاة وعجزهم، وقوة من صدرت ضدهم تلك الأحكام.

ثامناً: متابعة أعمال أهل الحسبة، والنظر فيما عجزوا عنه فيأخذ المعتدين بحق الله ويأمر بحملهم على موجبه.

تاسعاً: التأكد من القيام بالعبادات الظاهرة كالجمع والأعياد والجهاد وعدم التقصير فيها أو الإخلال بشروطها.

أما إختصاصه العاشر والأخير فهو النظر بين المتشاجرين والحكم بين

المتنازعين.[1] كما أوضحنا سابقاً فإننا عندما ننظر في هذه الإختصاصات نجد أنها ذات طبيعة عامة وشاملة، فيها الأمور الإدارية والتنفيذية، منها ما يدخل في إختصاص السلطة التنفيذية كمتابعة تنفيذ الأحكام الصادرة عن القضاة، ومنها ماهو من إختصاص سلطة المحتسب كإقامة الشعائر الدينية، ومتابعة عمل رجال الحسبة، ومنها مايتعلق بإختصاص القضاء العادي كالنظر في الغصوب والفصل بين المتشاجرين والحكم بين المتنازعين، إضافة إلى مايعتبر في عرفنا الحاضر، وفي القانون الحديث من إختصاص القضاء الإداري كالغصوب السلطانية مثل المصادرة أو التأميم من قبل الدولة، أو تعدي الولاة وظلمهم واستغلالهم لمناصبهم.

لعل في هذه الشمولية في الإختصاص مايدعم وجهة نظرنا السابقة من أن القضاء في الشريعة الإسلامية شامل لكون نوع من أنواع المنازعات سواء كانت بين الأفراد أنفسهم، أو بينهم وبين من يديرون أمور الدولة بإعتبار مسؤولياتهم الإعتبارية عن التصرفات الناتجة عن ولايتهم. كما أنها دليل على أن قضاء المظالم لم يكن مقصوراً على جانب معين من جوانب التنازع، بدليل هذا الشمول والتنوع في الإختصاص الذي ذكره أبو يعلي. وبناء على ذلك فإني أختلف مع بعض الباحثين الذين يتحدثون عن مرحلتين في القضاء الإسلامي، مرحلة القضاء الموحد الشامل، عندما لم يكن هناك من يتولى النظر في المظالم، ومرحلة القضاء المزدوج، بعد إنشاء ولاية المظالم، والتفريق بينهما وبين القضاء مما جعل تلك الولاية تختص بنوع معين من المنازعات ويباشرها الخلفاء أو نوابهم.[2] وحتى لو كان الناظر في المظالم هو القاضي

(١) أبو يعلي، المصدر السابق، ص ٦١ - ٦٣.

(٢) الحكيم ، المصدر السابق، ص ٥٩٤ - ٦٠٠.

نفسه فإن أصحاب هذا الرأي يرون أن ذلك لايعني أن القاضي العادي مختص أصلاً بنظر المظالم، فمن المستقر عندهم أن ولاية المظالم تختلف عن ولاية القضاء العادي، وليس للقاضي أن يتولى المظالم.[1] وهذا الرأي لايستقيم مع العرض السابق لإختصاصات والي المظالم، فأي من هذه الإختصاصات المعتبرة قضاء لايمكن أن يقدمها أطراف التنازع فيها إلى القضاء العادي؟ وما المانع بعد ذلك أن ينظر فيها القاضي ويحكم فيها بحكمه؟ لا أعتقد أن أياً من الإختصاصات القضائية لناظر المظالم لا يمكن للقاضي العادي أن يحكم فيها. في الواقع أن نشأة ولاية المظالم لم تكن تحويلاً للقضاء الإسلامي من القضاء الموحد إلى القضاء المزدوج، بل لعل تلك النشأة جاءت لتعالج مشكلات طرأت على المجتمع الإسلامي ضمن الإطار العام للشريعة الإسلامية، وولايتها العامة، ووفق نظام الحكم في الإسلام. لقد تعود الناس منذ مرحلة مبكرة من نشوء الدولة الإسلامية على أن يلجئوا إلى رأس السلطة في الدولة (الخليفة) ليحل لهم مشاكلهم بصرف النظر عما إذا كانت هذه المشاكل تتعلق بمنازعات بين الناس أنفسهم، أو بينهم وبين موظفي الدولة من العمال والجباة، ولعل في قصة التنازع على دكاكين الكرخ في بغداد، والتي عرضت مرتين على الوزير ابن الفرات وهو ينظر في المظالم فحكم فيها في المرة الأولى وفي المرة الثانية أعاد الخصوم إلي حكمه الأول.[2] مما يبين أن تلك المنازعة كان من الممكن أن تقدم لقاضي بغداد ليحكم فيها، وليس لمن ينظر في المظالم. بل إن من الشكاوي التي تقدم لناظر المظالم شكاوي تتعلق بأحكام القضاة وسيرهم في الناس، وحينما عدد ابن الفرات أنواع المتظلمين ومن يتظلمون منهم قال: «فهذا من أمير، وهذا من عامل، وهذا من

(١) المصدر السابق، ص ٦٠٩.

(٢) الصابي، المصدر السابق، ص ١٦١.

قاض»[1] إن كل من يشعر من الناس بالظلم، بصرف النظر عن مصدر هذا الظلم، فإن ذلك سيدفعه إلى التقدم إلي أعلى سلطة يمكنه الوصول إليها لتدفع عنه الظلم وتحقق له العدل. إن النظر في المظالم ليس تمييزاً لأحكام القضاة، ولكن القضاة مثلهم مثل غيرهم ممن يقومون على أمور الناس، سيوجد من يتظلم منهم إن حقاً أو باطلاً ، وأن الجهة التي يمكن أن تقبل مثل هذه الشكاوي هي أعلى سلطة في الدولة (الخليفة أو من ينيبه).

إن التدقيق في هذه الإختصاصات يجعلنا نميل إلي أن ماذكره أبو يعلي من تلك الإختصاصات لا يعني بالضرورة تحديداً لإختصاص ناظر المظالم بإعتبار أن نظام المظالم نشأ بفعل حاجة الإدارة الإسلامية إليه في مراحل نموها المختلفة. وبالتالي فإن تحديد إختصاصه يعود بشكل كبير إلى موقف كل من الناس والإدارة في كل مرحلة. ولاأدل على ذلك من الوصف الذي يقدمه كثير من المؤرخين لهذا النظام في العصور المختلفة، فالمقريزي مثلاً في خططه يعرض للكيفية التي يجلس بها السلطان في عصره للنظر في المظالم، ويصف مجلسه، وطرق تقديم المظالم إليه، ثم يتحدث عن كيفية إصدار القرارات في القضايا المنظورة، ومن يحضر مجلس السلطان في أثناء نظره للمظالم، وكيفية معالجته للمظالم المختلفة.[2] وإذا كان من الملاحظ وجود بعض التشابه مع ذكره أبو يعلي من إختصاصات لناظر المظالم، فإنه يسهل علينا إدراك أوجه الإختلاف، لاسيما إذا قارنا تلك الإختصاصات بما ذكره أبو يعلي وبما أورده القلقشندي في خطاب تولية الحسن بن الحسين بن موسى العلوي النظر في المظالم من

---

(١) المصدر السابق، ص ١٢٢.

(٢) المقريزي، المصدر السابق، جـ٢،ص٢٠٧.

قبل الخليفة المطيع لله، فقد إحتوى الكتاب على توضيح لإختصاصه وتحديد لمجال عمله وبين له بأن عليه أن يرد بعض الأمور التي تعرض عليه لأهل الإختصاص، كالقاضي مثلاً، وأن عليه عدم التعرض لما صدر من أحكام القضاة، وأن يركز نظره على ماكان طريقه الغشم والتغلب.(١)

وعلى العموم فإن إختصاصات ناظر المظالم وإن أشير إلي أنواع متعددة منها قيل أن ناظر المظالم كان يمارسها، إلا أننا نميل إلى الرأي القائل بأن الظروف المحيطة بالإدارة الإسلامية في عصر من العصور هي التي حكمت تحديد وطبيعة إختصاص الناظر في المظالم. وإذا كان هناك أمر مشترك في كل الممارسات التي أشار إليها المؤرخون للنظم الإسلامية، فهو أن تلك القضايا رفعت لأعلى سلطة في الدولة الإسلامية، واستجاب المسئولون فيها لذلك بدافع من الرغبة في رفع الظلم عن المظلومين، لاسيما إذا كان ذلك الظلم واقعاً على المتظلم من قبل ذي سلطان. لذا فإنني أختلف مع إتجاه بعض الباحثين إلى تقسيم هذه الإختصاصات إلى أنواع فهناك الإختصاصات القضائية، وهناك الإختصاصات غير القضائية، وأن هناك ناظراً للمظالم عام الإختصاص، وآخر مختصاً بمكان أو بزمان أو نوع معين من الدعاوي.(٢) هذا الإتجاه في الوقع يغفل طبيعة النظر في المظالم، إذ هي بطبيعتها متنوعة، فهي كما بينا شكاوي وتظلمات تقدم من الناس إلى ولي الأمر، فإما أن ينظر فيها بنفسه أو أن ينيب غيره. للنظر فيها. إن الذي يحدد طبيعتها هم الناس أنفسهم، فقد يكون من تلك التظلمات ما هو تنازع فردي ، أو يكون تظلماً من غصب سلطاني، كما يمكن أن

(١) القلقشندي، أبو العباس أحمد بن علي، صبح الأعشى في صناعة الإنشاء، تحقيق: محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م، جـ١٠، ص٢٥٢.

(٢) الحكيم، المصدر السابق، ص ٦٢٨-٦٣٩.

تكون شكوى من تعدي الولاة وقسوة الحياة، بل أن منها ما يكون شكوى عامة من الضائقة المالية وسوء الأحوال المعيشية التي تجتاح الناس أحياناً، كما حدث عندما قدم أهل البصرة على الخليفة المقتدر يشكون من أحوالهم العامة، ونظر الخليفة في شكواهم.[1] ولكن هل في إختصاص الناظر في المظالم أو في طريقة نظره فيما ينظر من قضايا اختلاف عن القضاء العادي؟ وللإجابة على هذا التساؤل لابد من الاستعانة بما ذكره المؤلفون حول هذا الموضوع، فأبو يعلي ، قد كتب عن الفروق بين نظر القضاة ونظر ناظر المظالم، وقد أجمل تلك الفروق في عشرة أمور، يغلب عليها طابع الوصف التاريخي أكثر من كونه تحديداً للإختلاف الحقيقي بين نظر الإثنين، فقد ذكر أولاً ، الهيبة وقوة اليد في كف الخصوم عن التجاحد، ومنع الظلمة من التغالب والتجاذب، وهو في ذلك كأنه ينظر في شخصية متولي المظالم ، وكونه في الغالب إما الخليفة أو القاضي الأول في الدولة، أو أحد الوزراء المفوضين، مع أنه لاشيء يمنع من توفر هذه الصفة في القاضي العادي. وقد ذكر ثانياً، بأن ناظر المظالم يخرج من ضيق الوجوب إلى سعة الجواز، فذلك محكوم بما تقره الشريعة الإسلامية، فلا يحل لناظر المظالم أن يتجاوز الحدود الشرعية في حكمه إلا بمقدار ما يجوز للقاضي. الثالث، ذكر أبو يعلى الإرهاب وكشف الأسباب بالإمارة الدالة عليه ، هذا لايعدو كونه استخداماً للقرائن للمساعدة على إظهار الحق، وهو أمر متاح للقاضي العادي، لدرجة أن بعض الفقهاء إكتفى بالقرينة لتدل على النية في التصرف الذي تشترط فيه النية كطلاق الكناية مثلاً، فهو عند الحنابلة إذا إرتبط بالقرينة وقع دونما حاجة إلى النية.[2] الرابع مقابلة من ظهر ظلمه بالتأديب، وهو أمر يشترك فيه الإثنان، وقد

---

(١) المسعودي، المصدر السابق، جـ٤، ص٢٣٨.

(٢) الحجاوي، شرف الدين موسى المقدسي، الإقناع، المكتبة التجارية الكبرى والمطبعة المصرية =

تحدثت المصادر التاريخية والتي تعالج موضوع القضاء وتاريخه عن وجود الأعوان مع القاضي في مجلسة فأبو بكر بن حزم قاضي المدينة كان يجلس في المسجد محاطاً بهؤلاء الأعوان وكان دورهم هو حفظ النظام، وقد كانوا يأتمرون بأمر القاضي عند ما يريد تأديب أحد الخصوم ولذا نجد قاضي المدينة عبيد الله بن صفوان قد أمر أحد هؤلاء الأعوان بضرب أحد الخصوم تأديباً له على إساءته التصرف في المحكمة.(١) الخامس ، ماذكره من أن ناظر المظالم له من التأني في ترداد الخصوم عند إشتباه أمرهم ليتحقق من أسبابهم وأحوالهم ما ليس للحاكم إذا طلب منه أحد الخصوم فصل الحكم، ولا أعتقد أن القاضي العادي سيفصل في قضية ما ويصدر فيها حكماً دون أن تتوفر لديه القناعة التامة بصواب الحكم، وأنه مهما استعجل الخصوم وطلبوا منه فصل الحكم، فإن حكمه لن يصدرإلا بعد التقصي لكل الجوانب الممكنة وإذا ما إشتبه في الأمر، ولم يتيسر له معرفة ما يود معرفته، وأصر الخصوم على إصدار الحكم، قضى فيه ببقاء ما كان على ما كان حتى يتبين له الحق في خلاف ذلك في القضية المنظورة لديه. ولا أدري ما هو الفرق في هذه الحالة بينه وبين متولي المظالم . السادس من الفروق ما أشير إليه بأن ناظر المظالم يمكن أن يرد الخصوم إلى الأمناء ليصلحوا بينهم، ولكن أبا يعلي لم يبين كيف يتصرف ناظر المظالم إذا رفض الخصوم ذلك الصلح، ألا يلزمه كما يلزم القاضي العادي حسم الحكم قضائياً .

وهكذا في كل الفروق التي يذكرها أبو يعلي لايمكن أن تؤخذ على أساس أنها فروق حقيقية بين هذين النوعين من القضاء، لأن كل واحد منهما عندما يدقق النظر فيه ويبحث مدى جدية الفرق بين إختصاص ناظر المظالم وأسلوبه في نظر القضايامع

= بالأزهر، القاهرة د.ت جـ٤، ص ١١.

(١) وكيع، المصدر السابق، ج١، ص، ١٧٣.

طريقة القاضي العادي ، نجد أنه لايوجد فرق حقيقي، سوى الاعتداد بمركز القوة الذي يتمتع به ناظر المظالم لكونه الخليفة او نائباً عنه .

خاتمة البحث:

من خلال استعراض الموضوعات الرئيسية في هذا البحث والمناقشات التي دارت حولها، يمكن للباحث أن يسجل النقاط الآتية باعتبارها تشكل أهم النتائج التي تم التوصل إليها من خلال هذا البحث :-

أولاً : تحريم الشريعة الإسلامية للظلم، وتأكيدها على العدل بين الناس كمبدأ من أهم المبادىء التي يقوم عليها التشريع الإسلامي، ونظام الحكم النابع منه. وأن الآيات القرآنية والاحاديث النبوية التي وردت بشأن تحريم الظلم، والحث على العدل من الكثرة والشهرة بحيث يصبح الأمر مقطوعاً به كما أنه من الواضح بناء على ذلك أن الأدلة الشرعية قد بينت ضرورة العدل في الحكم بين الناس، وانصاف المظلوم من الظالم، وأن ذلك واجب على الحكام الذين يتولون أمور المسلمين .

ثانياً: لقد أوجدت الشريعة الإسلامية نظاماً قضائياً متكاملاً يفصل في كل أنواع التنازع سواء كان التنازع بين الأفراد أنفسهم، أو بين أولئك الأفراد والسلطة الإدارية التي تحكمهم، وقد طبق هذا النظام في عهد الرسول عليه الصلاة والسلام، وفي عهد خلفائه الراشدين ، عندما حكموا بين الناس في منازعاتهم الفردية كما نظروا وحكموا في تظلماتهم من ولاتهم ، دون تفريق بين أنواع التنازع. ولايعني نظرهم في المظالم أنه أسسوا لذلك نظاماً مستقلاً مختلفاً عن نظام القضاء العادي.

ثالثاً: إن نشأة ولاية المظالم جاءت خلال العهد الأموي استجابة من الحكام لمطالب الناس وشكاواهم التي قدمت لأعلى سلطة في الدولة، وهو الخليفة. وقد

كانت الإستجابة عفوية دون أن يكون في مقصدها تأسيس قضاء مستقل للنظر في قضايا المظالم . ولعله إنما كان بواقع من إحساس الخليفة في هذه المرحلة بمسؤوليته تجاه أفراد المجتمع ونشر العدل بينهم ، وأن عليه ألايكتفي بالقضاة الذين أنابهم عنه لتولي ذلك. بل إن عليه متى وجد ذلك ضرورياً أن يتولى الأمر بنفسه. إن هذه النشأة كانت إسلامية خالصة منطلقة من مسؤولية الحاكم الإسلامي في الحكم بين الناس بالعدل. غير متأثرة بالنظم الأخرى، وأنه ليس صحيحاً ماورد في بعض المصادر من أن حلف الفضول الجاهلي، الذي امتدحه النبي صلى الله عليه وسلم ، والذي كان قائماً في قريش، بعد أصلاً لقضاء المظالم الإسلامي. وبقدر مساو فإنه لايمكن الإتكاء على تلك الإشارة العابرة التي وردت في المصادر من اهتمام ملوك فارس بالعدل وكونهم يعدونه أساساً للملك فلا يمكن تحميل ذلك أن المسلمين نقلوا هذا النظام من القضاء الساساني.

رابعاً: إن ولاية المظالم تطورت من بدايتها البسيطة في العهد الأموي عبر سلسلة من الإجراءات التي إتخذتها السلطة الإسلامية لتحقيق العدالة ورفع المظالم، في أزمنتها المتعاقبة، حتى أصبح للمظالم ديوان مستقل تقدم إليه طلبات التظلم، وتعرض على من يتولى، النظر فيها، كما تحفظ فيه سجلات لكل القرارات الصادرة بشأن القضايا التي عرضت على ناظر المظالم ويدون حكمه فيها. وكان هنالك مسؤول كبير من مسؤولي الدولة يعين صاحباً للديوان يتولى الإشراف على أموره وإدارة موظفيه، والحفاظ على سجلاته.

خامساً: عبر الإستعراض التاريخي لكيفية النظر في المظالم ومن يتولاها يتبين لنا

أنه منذ البداية كان النظر في القضايا المتعلقة بالمظالم يتم من قبل أعلى سلطة في الدولة الإسلامية(الخليفة). ثم بعد أن أصبح الخلفاء يفوضون وزراءهم في إدارة أمور الدولة، أصبح الناظر في المظالم أحد هؤلاء الوزراء المفوضين، كما كان رئيس القضاة أو قاضي الخليفة هو الشخص الذي يوكل إليه في الغالب الحكم في تلك القضايا.

سادساً: بالنسبة لتحديد إختصاص ناظر المظالم، فإنه وإن ورد في بعض المصادر تحديداً لإختصاصه، إلا أنه بشكل عام يمكن القول أن تحديد إختصاصه ينطلق من الشكوى التي رفعت إليه. ويبدو أن القضايا لم تكن محصورة في نطاق معين، فقد كانت الشكوى ضد مسؤولي الدولة من ولاة وجباة، وقد تكون ضد القضاة والحكام، كما أنها قد تكون تنازعاً فردياً على أمر من الأمور العادية، والتي يمكن أن تقدم للقاضي العادي. إن الجميع قد نظر فيها من خلال ولاية المظالم، وذلك انطلاقاً من مسؤولية ولي أمر المسلمين عن الحكم بينهم. وعليه فيمكن القول أن النظر في المظالم ليس قضاء إدارياً، ولا استئنافاً وإنما هو نظر في تظلمات الناس بصرف النظر عن موضوعها. كما أن الفصل في تلك القضايا كان يخضع لما يخضع له القضاء الشرعي من الأدلة وأصول المرافعات ونظر القضايا مما هو موضح في الفقه الإسلامي. إن ماذكر من فروق بين قضاء القاضي، ونظر والى المظالم لايعدو أن يكون تفريقاً في المظهر دون الجوهر، ووصفاً تاريخياً لكل من الولايتين دون أن يكون تفريقاً حقيقياً في إختصاص كل منهما أو في كيفية ممارسته لذلك الإختصاص.

المراجع

(أ) باللغة العربية:

١- أبو يعلي، القاضي محمد بن الحسين الفراء. الأحكام السلطانية. تحقيق: محمد حامد الفقي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة ١٣٥٧هـ.

٢- ابن الأثير ، عز الدين أبو الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن عبد الكريم الشيباني، أسد الغابة في معرفة الصحابة، نسخة مصورة عن طبعة المعارف المصرية، القاهرة. ١٢٨٦هـ.

٣- .... الكامل في التاريخ، نشر دار صادر، بيروت. ١٣٨٥هـ - ١٩٦٥.

٤- البخاري، أبو عبد الله محمد بن اسماعيل الجعفي، صحيح البخاري، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا. نشر وتوزيع دار ابن كثير ودار اليمامة ، بيروت، دمشق ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م..

٥- البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد. ١٣٥٢هـ.

٦- ابن تغري بردي، جمال الدين أبو المحاسن يوسف الأتابكي، النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة ١٣٤٩هـ - ١٩٣٠م.

٧- ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام، السياسة الشرعية في اصلاح الراعي والرعية، دار الكتب العربية ، بيروت، ١٣٨٦هـ.

٨- ابن الجوزي، أبو الفرج عبد الرحمن بن علي، المنتظم في تاريخ الملوك والأمم، مطبعة دار المعارف العثمانية، حيدر آباد، ١٣٥٧هـ.

٩- الجهشياري، أبو عبد الله محمد بن عبدوس، كتاب الوزراء والكتاب، تحقيق: مصطفى السقا وآخرون، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة ١٣٥٧هـ-١٩٣٨م.

١٠- الحجاوي، شرف الدين موسى المقدسي، الإقناع، المكتبة التجارية الكبرى، المطبعة المصرية بالأزهر، القاهرة د. ت.

١١- حسن، حسن وعلي إبراهيم، النظم الإسلامية ، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة ١٩٧٠م،

١٢- الحكيم، سعيد عبد المنعم، الرقابة على أعمال الادارة في الشريعة الإسلامية والنظم المعاصرة، دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٧٦م.

١٣- ابن حنبل أحمد بن محمد بن هلال الشيباني، المسند، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار المعارف مصر، القاهرة ١٣٧٠هـ - ١٩٥١م.

١٤- الخزاعي، علي بن محمد بن مسعود، تخريج الدلالات السمعية، تحقيق:

د. إحسان عباس، دار الغرب الإسلامي، بيروت ١٤٠٥هـ- ١٩٨٥م.

١٥- ابن خلدون، عبد الرحمن بن محمد بن أبي بكر، المقدمة، دار القلم بيروت، ١٩٨١.

١٦- ابن خياط ، خليفه، تاريخ خليفه بن خياط ، تحقيق: د. أكرم ضياء العمري، مؤسسة الرسالة، ودار القلم بيروت، ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م.

١٧- الرحيباني، مصطفى السيوطي، مطالب أولي النهي شرح غاية المنتهي، منشورات المكتب الإسلامي بدمشق، دمشق ١٣٨٠ هـ-١٩٦١م.

١٨- زيدان ، جرجي، تاريخ التمدن الإسلامي، تعليق: د. حسين مؤنس، نشر دار الهلال مطابع دار الهلال، ١٩٥٨م.

١٩- السجستاني، أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي، سنن أبي داود، تحقيق : محمد محي الدين عبد الحميد، مطبعة السعادة ، القاهرة ١٣٧١هـ - ١٩٥١م.

٢٠- ابن سعد، محمد بن سعد بن منيع البصري، الطبقات الكبرى، دار بيروت للطباعة، بيروت ١٤٠٠ - ١٩٨٠م.

٢١- ابن سلام، أبو عبيد القاسم، الأموال، تحقيق: محمد بن حامد الفقي، المكتبة التجارية، القاهرة ١٣٥٣هـ.

٢٢- السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، تاريخ الخلفاء ، تحقيق: قاسم

الرفاعي، ومحمد العثماني ، دار القلم، بيروت ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

٢٣- الشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج في معرفة ألفاظ المنهاج، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م.

٢٤- الشوكاني ، محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، تحقيق : طه عبد الرؤف سعد، ومصطفى الهواري، نشر مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ١٩٧٨م.

٢٥- الصابي، أبو الحسن الهلال بن المحسن، الوزراء أو تحفة الأمراء في تاريخ الوزراء، تحقيق: عبد الستار أحمد فراج، مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة، ١٩٥٨م.

٢٦- الصالح ، صبحي، النظم الإسلامية نشأتها وتطورها، دار العلم للملايين بيروت ١٣٨٨هـ- ١٩٦٨م.

٢٧- الطبري، محمد بن جرير، تاريخ الرسل والملوك ، دار المعارف القاهرة ١٩٦٣م.

٢٨- ابن طباطبا، محمد بن علي (المعروف بابن الطقطقي)، الفخري في الآداب السلطانية، دار صادر بيروت ١٣٨٤هـ - ١٩٦٦م.

٢٩- الطماوي، سليمان محمد، عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٩م.

٣٠- ابن عبد الحكم، أبو محمد عبد الله، سيرة عمر بن عبد العزيز، مكتبة وهبة ومطبعة الإعتماد القاهرة ١٣٧٣هـ- ١٩٥٤م.

٣١- ابن عبد ربه، أحمد بن محمد، العقد الفريد، تحقيق: أحمد أمين وآخرون، لجنة التأليف والنشر، القاهرة ١٣٨٥هـ- ١٩٦٥م.

٣٢- العدوي، إبراهيم أحمد، النظم الإسلامية، نشر مكتبة الأنجلو المصرية القاهرة ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م.

٣٣- ابن العربي، أبو بكر بن عبد الله، أحكام القرآن، مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة ١٣٨٨-١٩٦٨م.

٣٤- العوا، محمد سليم ، قضاء المظالم في الشريعة الإسلامية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، القاهرة، العدد الرابع من السنة الثامنة عشرة١٩٧٤م، ص٩٧٢ - ١٠٠٦.

٣٥- علي، محمد كرد، الإدارة الإسلامية في عز العرب، مطبعة مصر، القاهرة ١٩٣٤م.

٣٦- ابن فرحون، محمد المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، المطبعة العامرة الشرقية بمصر، القاهرة ١٣٠١هـ.

٣٧- القاسمي، ظافر، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي - السلطة القضائية، مطبعة دار النفائس، بيروت ١٣٩٨هـ- ١٩٧٨م.

٣٨- ابن قتيبة، أبو محمد عبد الله بن مسلم الدينوري، المعارف، تحقيق: د. ثروت عكاشة دار المعارف بمصر، القاهرة. ١٣٨٨هـ-١٩٦٨م.

٣٩- ابن قتيبة، أبو محمد عبد الله بن مسلم الدينوري، الإمامة والسياسة، مطبعة مصطفي البابي الحلبي، القاهرة ١٣٨٢هـ-١٩٦٨م.

٤٠- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، مطبعة دار الكتب المصرية. القاهرة ١٣٥٤هـ - ١٩٣٥م.

٤١- القشيري، مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي مطبعة عيسى البابي، القاهرة ١٣٧٥هـ - ١٩٥٥م.

٤٢- القلقشندي، أحمد بن عبد الله، مآثر الأنافة في معالم الخلافة، تحقيق: عبد الستار أحمد فراج، نشر عالم الكتب، بيروت ١٩٦٤م.

٤٣- القلقشندي، أحمد بن عبد الله، صبح الأعشى في صناعة الإنشاء، تحقيق: محمد حسين شمس الدين، دار الكتب المعلمية، بيروت ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

٤٤- ابن كثير، أبو الفدا الحافظ، البداية والنهاية، نشر مكتبة المعارف، بيروت ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

٤٥- الكندي، أبو عمر محمد بن يوسف، قضاة مصر وولاتها، تحقيق: رفن كست مطبعة الآباء اليسوعيين، بيروت، ١٩٠٨م.

٤٦- الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب . الأحكام السلطانية والولايات الدينية، طبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م.

٤٧- محمود، حسن أحمد، الكندي المؤرخ، الدار المصرية للتأليف، دار مصر، القاهرة. د. ت.

٤٨- المسعودي، أبو الحسن علي بن الحسين بن علي، مروج الذهب ومعادن والجوهر، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، مطبعة المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة ١٣٧٧هـ- ١٩٥٨م.

٤٩- المقريزي، تقي الدين أحمد بن علي، المواعظ والإعتبار بذكر الخطط والآثار ، المطبعة الأميرية ببولاق القاهرة ٢٩٤م.

٥٠- النسائي أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب، سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين، تحقيق : عبد الفتاح أبو غدة، الطبعة الثالثة مصورة عن المطبعة المصرية، دار صادر بيروت ١٤٠٩هـ.

٥١- وكيع، محمد بن خلف بن حيان، أخبار القضاة، تحقيق : عبد العزيز مصطفي المراغي، مطبعة الإستقامة القاهرة ١٣٦٦هـ - ١٩٤٧م.

٥٢- ابن هشام، عبد الملك السيرة النبوية، تحقيق: مصطفى السقا وآخرون ، نشر دار إحياء التراث العربي، بيروت ١٣٩١هـ - ١٩٧١م.

(ب) باللغة الإنجليزية

53- Al-Humaidan, H. A. The Islamic theory of the administration of justice, al-Qada, ph. D. Thesis. ST. Andrews University, U. K. 1973.

54- Long, D. The Board of Grievence in Saudi Arabia, The middle East Journal No. 1-27 1973 pp. 71 - 75.

55- Schacht, J. Law and Justice, Cambridge History of Islam, Cambridge 1970 Vol. 2 pp. 539 - 568.

قياس الغائب على الشاهد

بقلم

الدكتور/ زكريا بشير على إمام *

- -

* مدرس سابقا بقسم الفلسفة بكلية الآداب بجامعة الإمارات العربية المتحدة له بحوث ومؤلفات في الفلسفة الإسلامية والفكر الإسلامي باللغتين العربية والإنجليزية - يعمل الآن أستاذا مساعدا بجامعة أفريقيا العالمية بالسودان ·

بسم الله الرحمن الرحيم

قياس الغائب على الشاهد

الغرض من هذه الدراسة :

الهدف من هذه الدراسة هو محاولة تبيان موضوع : (قياس الغائب على الشاهد) كنوع من الإستدلال المنطقي الذي إستخدمه المسلمون ، فقهاء ومتكلمون وفلاسفة . لقد وجدت جذور هذا الإستدلال في القرآن الكريم ، وفي السنة المطهرة وفي أقوال الصحابة ، ومن ناحية ثانية ، يمكن ربطه مع قياس التمثيل الأرسطي ، مع وجود فوارق أساسية . تناقش هذه الدراسة الإنقسام العميق الذي وقع فيه المسلمون (فقهاء ومتكلمون وفلاسفة) حول هذا القياس . وتشير إلى موقف الفريقين الرئيسيين الفارأبي وابن تيمية - وتلاميذه ، وكذلك فقهاء الأصول الذين قبلوا هذا القياس . ابن تيمية يرى أنه قد يكون - بشروط معينة - قطعي الدلالة وكذلك الفارابي - وإن كان يرد أحيانا ظنيا . أما الأصوليون (علماء أصول الفقه) فأغلبهم يرى أنه ظني الدلالة . أما الجويني وابن رشد ، فإنهما يتأرجحان : تارة يقبلانه وتارة يرفضانه ، وخاصة ابن رشد الذي رفضه في أغلب الحالات .

لقد حاولنا - في هذه الدرسة إعطاء بعض الأسباب التي تسوغ قبول هذا القياس على أنه منطقي الدلالة ، وفق شروط معينة .

قياس الغائب على الشاهد

طبيعته، ومكانته عند الفلاسفة والاصوليين

١- ما المقصود بقياس الغائب على الشاهد:

(١-١) أولا عند الفلاسفة:

يرجع الفلاسفة قياس الغائب على الشاهد إلى قياس التمثيل الأرسطي . وقياس التمثيل الأرسطي هو إنتقال الحكم من جزئي إلى جزئي آخر لوجود تماثل أو تشابه بينهما . وهو ظني الدلالة عند أرسطو ، ووثيق الصلة بالإستقراء . والتشابه بين النظائر والأمثال يدرك ببداهة الحدس العقلي ، فيساوي بين المتماثلات ، ويفرق بين المختلفات ، وهو أساس المقدمات الكلية في القياس السيولوجستي الأرسطي .

فالفارابي مثلا - في كتاب القياس ، يتحدث عن التمثيل ؛ فيقول :

" التمثيل هو نقلة الحكم من جزء إلى جزء أخر ، شبيه به متى كان وجوده في أحدهما أعرف من وجوده في الثاني ، وكانا جميعا تحت المعنى الكلي الذي من أجله وجد الكل الأعرف "(١) .

---

(١) الفارابي : (كتاب القياس) ، ص ٣٦ ، فصل (يز) ، نشر ضمن كتاب : المنطق عند الفارابي ، تحقيق د. رفيق العجم . دار المشرق - بيروت ١٩٨٦ م .

ويضرب الفارابي مثلا لذلك :

الحائط مكون وهو جسم وله فاعل والسماء مشابهة للحائط في أنها جسم ، وهذا هو المعنى الكلي الذي من أجله وجد للحائط مكون (فاعل) .

فحكم على السماء (بما أنها جسم أيضا وأنها مكونة أن لها مكونا (أي فاعل) .

ويرى الفارابي أن قياس التمثيل - كمل مثل له أعلاه - يمكن أن يرد إلى الشكل الأول (وهذا خلاف أرسطو الذي حكم على قياس التمثيل بأنه ظني الدلالة، وواضح هنا تأثير المتكلمين الأسلاميين على الفارابي) ؛ على النحو التالي :

(١) السماء جسم (مقدمة صغرى)

(٢) والجسم مكون (مقدمة كبرى)

فإذن السماء مكون (النتيجة)

وكما أن لكل مكون مكونا ، إذن فللسماء مكون (أي فاعل) .

وما يلبث الفارابي أن يتحدث عن قياس الغائب على الشاهد ، في نفس الكتاب (كتاب القياس) على النحو التالي:

" هو أن نعلم بالحس أمرا ما بحال وأن شيئا موجود لأمر ما ، فينقل الذهن

تلك الحال أو الشيء من ذلك الأمر إلى أمر آخر شبيه به فيحكم به عليه ٠٠٠ (٢)

ومثاله :

أ- الأجسام (حيوان ونبات) يحس أنها محدثة ، إذ أنها مقارنة للحوادث، فينقل الذهن الحدوث من الحيوان والنبات إلى السماء ، فيحكم أنها محدثة وذلك أن هناك تشابها بين الحيوان والسماء في أن كلا منهما " مقارنة للحوادث " ، والمقارن للحوادث محدث ، وكان الحيوان محدثا ، إذن فالسماء محدثة لهذا الأمر.

وليس هنالك فرق بين المثلين الذين ضربهما الفارابي لكل من قياس التمثيل ، وقياس الغائب على الشاهد · ولكن الفارابي إستخدم إسم قياس التمثيل للمثال الأول ، وقياس الغائب على الشاهد للمثال الثاني · وكذلك حكم على القياسين بأنهما يقينا الدلالة ؛ وأنه يمكن ردهما جميعا إلى الشكل الأول من القياس الأرسطي ، وهو قياس يقيني · وكذلك إستخدم إسم قياس الغائب على الشاهد - وهو إسم إسلامي - يدل على عمق تأثر الفارابي بالبيئة العلمية الإسلامية · بل أن هذا الفصل (القول في النقلة) بأكمله إضافة إسلامية من الفارابي على منطق أرسطو ·

أما إبن رشد - في " الكشف عن مناهج الأدلة " فلقد تردد بين قبول

---

(٢) الفارابي : المصدر السابق ، ص ٤٥ ·

قياس الغائب على الشاهد ورفضه ، قبله عندما يكون الجامع هو العلة أو الدليل أو الشرط ، ويرفضه عندما يكون الجامع هو الحد أو الحقيقة ؛ وذلك في مجال (علم الله بالجزئيات) (إذ أن علم الله ليس كعلم البشر ، فلا يجوز عنده أن يقال أن الله يعلم الجزئيات كعلم البشر بها ، ولا الكليات ؛ إذ أن علم الله تعالى هو علة وجود الموجودات ، بينما علم البشر لاحق لوجود الوجودات ومعلول لها " (٣).

٢- قياس الغائب على الشاهد في المصادر الإسلامية :

(٢-١) مدخل عام :

أما في المصادر الإسلامية ، فإن الصورة مختلفة تماما . فقياس الغائب على الشاهد ، قياس مستقل بذاته ، ويحتل موقعا وسيطا وحصينا في الحجاج الاسلامي الأصيل : فهو من جانب قياس تمثيل عقلي ، ولكنه يفترق ويختلف من القياس الأرسطي المحصن من وجهين :

(١) الوجه الأول :

فقياس التمثيل الأرسطي قياس ظني الدلالة ، إذ لم يستخدم في الرياضيات ، ويبدو - والله أعلم - أن سبب ذلك أن أرسطو لم يتوسع كثيرا في وضع الضوابط التي تجعل الحكم مطردا من الممثل به إلى الممثل ، وذلك لأنه وضع

----

(٣) ابن رشد : "الكشف عن مناهج الأدلة" . ص ٧٧ وأيضا ص ١٠٣ وما بعدها ضمن كتاب : فلسفة ابن رشد ، راجعه : مصطفى عبد الجواد عمران - المكتبة المحمودية التجارية - القاهرة ١٩٦٨ م .

هذا القياس ضمن الإستدلال الأستقرائي من جانب ، ومن جانب آخر لم يؤكد أن وجه الشبه أو المماثلة ينبغي أن تكون وصفا جامعا ضروريا في الممثل والممثل به على السواء ، مما قد يفتح الباب أمام وصف فارق ، غير ضروري ولا جوهري يكون هو الجامع العقلي بينهما فلا يطرد الحكم من الأصل إلى الفرع (أو من الشاهد إلى الغائب) ، كأن يقول هذه سيارة حمراء وسريعة وهذه سيارة أخرى حمراء فهي إذن سيارة سريعة . فالجمع هنا -وهو اللون - جامع فارق لا يمثل وصفا جامعا يلزم إطراد الحكم (وهو السرعة من الأصل إلى الفرع) .

بينما قياس التمثيل في صيغته الإسلامية - قياس الغائب على الشاهد - وكما ذهب إلى ذلك كل من الفارابي وابن تيمية قياس يقيني الدلالة ، لأن الوصف الجامع فيه وصف جامع مطرد أسيس قائم على قواعد متينة كالعلة والدليل والشرط والحقيقة . وهذه كلها قواعد مطردة وليست إتفاقية أو فارقة أو عرضية ؛ والوصف الجامع يستلزم الحكم فيطرده .

(٢) الوجه الثاني:

إن قياس التمثيل الأرسطي هو تمثيل محصن ، يقوم على التساوي المشاهد بين المثلين أو النظيرين ، فيما يتعلق بالوصف الجامع بينهما . ومن الأمثلة التي استخدمها الفارابي في كتاب القياس ، المشار إليه أعلاه (الحائط والسماء ، والحيوان والنبات من جهة والسماء من جهة أخرى) فإن طرفي التمثيل كليهما أمر ظاهر من عالم الشاهد ، وكلاهما أمر ملاحظ ، مما يمكن تصفحه وإستقراؤه . بينما إتسع المجال - في المنطق الإسلامي - لقياس الغائب على الشاهد ، وأصبح يعتمد

أكثر فأكثر على العلية وعلى الشرط والدليل . أما الحد والحقيقة - وهي الركن الرابع ، فقد تحرر منها هذا القياس ، ولم تعد شرطا ضروريا ، ولا ركنا مطردا فأصبح الشاهد يمثل كل أمر معلوم أو مشاهد ، والغائب يمثل كل أمر مجهول أو غائب ؛ في الطبيعة أو في العالم العقلي المجرد ، أو حتى فيما وراء ذلك ، مما هو من مسائل الإلهيات والنبوات ، والمعاد وغيرها من المسائل . وهكذا لم يعد ضروريا أن يتماثل أو يتشابه طرفا التمثيل من كل وجهة ، وبالرغم من هذا الإختلاف ، يظل قياس الغائب على الشاهد ، قسما من أقسام قياس التمثيل ،من حيث هو قياس منطقي بديهي يعتمد على الحدس العقلي المنطقي في رؤية التماثل والتناظر والتشابه بين شيئين ، ويجعل من ذلك التشابه ، مهما كان جوهريا ومطردا أو جامعا ، مسوغا لطرد الحكم من المثيل الأول إلى الثاني ! .

ولا شك أن هذه الرحابة وهذه السعة التي يتيحها قياس التمثيل الإسلامي - قياس الغائب عى الشاهد - وبوجه خاص هذه المرونة المنطقية هي نقطة الجذب الأساسية التي جعلت أوائل المتكلمين ، من معتزلة وأشاعرة ، وكذلك علماء أصول الفقه ، يجعلون من هذا القياس محورا أساسيا في منهجيتهم العلمية الجديدة ، أو قل في منطقهم الإسلامي الجديد ، حتى جاء إمام الحرمين فقاد حملة شعواء ، ليس فقط على قياس الغائب على الشاهد ، ولكن على كل أساليب المنطق الإسلامي . ولم يسلم عنده شيء من تلك الطرق التي كان يستخدمها الإسلاميون الأوائل ، عدا القياس الأصولي ، والذي هو في حقيقته امتداد لقياس الغائب على الشاهد ، وصيغة عملية تطبيقية - في مجال استنباط الأحكام الشرعية وفي مجال الفقه . وإن كان القياس الأصولي قد وجد صياغة ناضجة ومكتملة عند الشافعي في "

الرسالة " وظل قياس الغائب على الشاهد - بالرغم من أنه كان أسبق استعمالا وأعم مجالا ، نسبة لاستخدامه من قبل المتكلمين - ظل هذا القياس بلا دراسة مكثفة وبلا اختلاف حول هويته أو حجيته ، كما هو بين من مواقف الجويني والآمدي وابن رشد . ففي " البرهان " أهوى الجويني كل قوته العلمية والحجاجية على أساليب الجدل الاسلامي ، فأبطلها جميعا ، ولم يسلم من هدمه إلا قانون " السبر والتقسيم " عندما يكون التردد فيه محصورا بين النفي والإثبات .

يقول الجويني في ذلك :

" رتب أئمتنا أدلة العقل ترتيبا ننقله ، ثم نبين فساده ، ونوضح مختارنا ، فنكون جامعين بين نقل تراجم المذاهب ، والتنبيه على الصواب فيها " (٤).

ويعطي الجويني القائمة التالية لهذه الأدلة ، والتي يسميها " أدلة العقول":

١- بناء الغائب على الشاهد .
٢- إنتاج المقدمات والنتائج .
٣- السبر والتقسيم .
٤- الإستدلال بالمتفق (عليه) على المختلف عليه .

---

(٤)أمام الحرمين ، أبو المعالي الجويني (عبد الملك بن عبد الله) :
" البرهان في أصول الفقه " - الجزء الأول ص ١٢٦ ، تحقيق د . عبد العظيم الديب . دار الأنصار - القاهرة .

ولا يشير الجويني هنا إلى أدلة :

١- القياس الأصولي ، أو

٢- دليل الكمال والنقص أو حتى

٣- منهج الجواز الذي قال به هو نفسه .

أما القياس الأصولي ، فربما سكت عنه الجويني لأنه أصبح منهجا حصينا ، لا يقبل الإعتراض عليه ، بعد " رسالة " الشافعي والإستقبال الحافل الذي حظيت به عند المسلمين . وكذلك سكت الجويني عن دليل " الكمال والنقص " أو قياس الأولى ، كما يسميه ابن تيمية . وربما يعزي هذا إلى إمكانية دخول هذا القياس تحت مظلة قياس الغائب على الشاهد . ويمكن أن يقال شيء من هذا فيما يتعلق بسكوته عن منهج الجواز ، لأنه ربما يعد فرعا من دليل إنتاج المقدمات والنتائج المتعلقة بها .

ومهما يكن من أمر ، فإن الجويني لا يلقي القول جزافا ، بل يعلل موقفه في رفض تلك الأدلة بالتفصيل . والذي يهمنا - في هذه الدراسة - هو موقفه من " قياس الغائب على الشاهد " خاصة .

يرى الجويني أن بناء الغائب على الشاهد يؤسس على " جامع عقلي " وأن هذا الجامع ينقسم إلى أربعة أقسام :

- الجمع بالعلة .

- الجمع بالدليل .

- الجمع بالشرط .

-والجمع بالحقيقة أو بالحد وهو نفس الأمر .

ويرى الجويني أن هذا التحكم في هذا الجامع أمر مشكل :

" ومن التحكم به شبهت المشبهة ، وعطلت المعطلة وعميت بصائر الزنادقة. . . "(٥) .

يقصد بذلك أن المشبهة تورطوا في إدراج المولى عز وجل ضمن هذا الوصف الجامع الذي هو مناط الحكم ، ولم يراعوا أن الواحد الصمد " ليس كمثله شيء " فلا يجوز إدراجه مع العباد أو غيرهم تحت مظلة " وصف جامع " مهما كلفه أما المعطلة (المعتزلة) فقد ذهبوا إلى النقيض من ذلك ، فأنكروا أن يجتمع المولى عز وجل مع غيره تحت أي وصف ، فالأوصاف المشتركة غير واردة بالنسبة للمولى عز وجل ، لأنها تنافي كماله ووحدانيته وتفرده ، فصفاته كلها هي عين ذاته وليست شيئا زائدا ، عن الذات العليا . أما الزنادقة فلم يثبتوا لله شيئا ولا حتى الوجود. وأهمية هذا النص ترجع إلى أنه أحد الأسباب الرئيسية التي تجعل الجويني يتذمر من بناء أو قياس الغائب على الشاهد . أما الأسباب الأخرى التي دفعت الجويني إلى رفض هذا القياس الإسلامي الهام ، فيمكن ذكرها كما يلي :-

أولا - الجويني - كفيلسوف ومتكلم أشعري - يعبر هنا عن موقف الأشاعرة

---

(٥) أمام الحرمين الجويني البرهان ج ١ ص ١١٣ .

الرافض للتعليل ، فلا علة ولا معلول عند الجويني والأشاعرة عموما . غير أن الأمر المدهش حقا هنا أن الجويني وعامة الأشاعرة يقبلون القياس الأصولي ، وهو استدلال مبني على العلية بشكل واضح وجلي ! .

ثانيا - أما السبب الجوهري - في رأيي لرفض قياس الغائب على الشاهد ، فهو التحول الفلسفي الذي طرأ على الجويني ، والذي عبر عنه في " البرهان " وخالف فيه موقفه في " الإرشاد " وفي " النظامية " لا يرفض قياس الغائب على الشاهد، على ما سيأتي ذكره .

أما طبيعة هذا التحول ، الذي نتحدث عنه هنا ونفترضه ، فهو واضح منذ رفضه ليس فقط قياس الغائب على الشاهد ، ولكنه واضح أيضا من رفض الجويني - في البرهان - لكل أنواع الأدلة الإسلامية ، أي رفضه لمبدأ وجود "منطق إسلامي " متميز عن المنطق اليوناني عموما . وهو بذلك قد وضع أسس الإنقلاب الذي حققه تلميذه النابغة أبو حامد الغزالي ، عندما إنتقل كلية إلى المنطق اليوناني ، بإعتباره الممثل الشرعي للمنطق عموما وباعتباره علما إنسانيا يرتكز على بداهة العقل الطبيعي المشترك لدى كافة أبناء الجنس البشري : فليس هنالك منطق إسلامي وآخر يوناني ، ولكن هناك قانون المنطق الذي هو المعيار الذي يعصم الذهن عموما - على إطلاقه - من الزلل والخطأ ونقطة البداية في هذا المنطق هي بداهة العقل المشترك عند كل الناس :

يقول الجويني في ذلك :

" لم ينكر من يبالي به من العقلاء أصل العلوم . . "

فإنكار السفسطائيين للعلم لا يعتد به . بل هو موقف متناقض إذ قالوا " نعلم أنه لا علم على الأطلاق " .

وما ذلك إلا لأن العلم إنما هو مؤسس على بداهة العقول فإن غاية المناظر إضطرار خصمه إلى الضروريات (البديهيات الأوليات في العقل) فإذا كان مذهبهم (أي السفسطائيين) هو جحدها والتمادي فيه ، فكيف الإنتفاع بمكالمتهم؟(٦) .

فالجويني هنا يحدث إنقلابا في المنهجية الإسلامية ، ويتحرك نحو العالمية في الفكر ، إذ أن العلم والفكر مشروع إنساني عام ، فالمنطق علم واحد لا جنسية له ولا قومية ، ويمكن لمن يريد من الأمم والحضارات أن تساهم فيه إضافة وتعديلا ، ولكن ليس من حق أحد أن يؤممه أو يجنسه أو أن يصبغ عليه صبغة قومية . فالجويني قد بدأ هنا ذلك الإنقلاب الذي أثمر في محاولة الغزالي توطين المنطق الأرسطي ضمن المنهجية الإسلامية . ولكن ما فعله الغزالي بالطبع لم يكن تخليا عن المنهجية الإسلامية أو أنصهارا في المنهجية اليونانية .. بل كان تفاعلا وتلاحما وتلاقحا بين الحضارتين الإسلامية واليونانية . أما محاولة الجويني هنا في " البرهان " فتبدو وكأنها محاولة لهدم المنطق الإسلامي كله من قواعده . وإستبداله بالمنطق اليوناني .

----

(٦)الجويني : المصدر السابق ، الجزء الأول . ص ١١٤ .

وإنحياز الجويني هنا إلى المنطق اليوناني واضح من النقد الذي وجهه إلى السفسطائيين ، " في البرهان " ومن قبوله المبادىء الأولية للمنطق ، كمبادىء عدم التناقض ، وقوله ضرورة التسليم بالمصادرات الأولية العقلية كمبادىء ضرورية ترتكز إلى العقل الطبيعي المشترك عند كل الناس والذي هو المعيار الأخير لفض الخلاف والنزاع " فإن غاية المناظر أضطرار خصمه إلى الضروريات " .

وفي ضوء هذا الموقف الهدمي الذي وقفه الجويني من قياس الغائب على الشاهد " في البرهان " . يجدر بنا أن نستعرض تاريخ هذا الدليل : كيف نشأ وكيف أستخدم حتى إنتهى إلى أبي المعالي الجويني . ولن نستطيع - للأسف - أن نجعل هذا الإستعراض شاملا ، لأن ذلك يخرج من إطار هذه الدراسة ، من جانب ، ومن جانب آخر فهو أمر ليس باليسير ، إذا ما تذكرنا أن مؤلفات المعتزلة - سواء في أصول الدين (علم الكلام) ، أو أصول الفقه لم تصل إلينا ، فيما عدا الإنتصار للخياط والمغني للقاضي عبد الجبار ، وبعض كتب أخرى لهذا الأخير ، لا صلة لها بقياس الغائب على الشاهد بطريقة مباشرة . ولابد لنا من النظر أولا في القرآن الكريم والسنة النبوية ، ثم عمل الصحابة ، وبعد ذلك آراء المتكلمين والأصوليين الأوائل :

(٢ - ٢) القرآن الكريم وقياس التمثيل :

لعله من الواضح الذي لا مراء فيه ، أن القرآن الكريم إستخدم التمثيل إستخداما واسعا ونوه بذلك كثيرا :

قال تعالى :

" ولقد صرفنا في هذا القرآن للناس من كل مثل ، وكان الإنسان أكثر شيء جدلا . . "

فيتبين من هذه الآية أن الجدل صفة بشرية بارزة ، بل هي الصفة التي يتميز بها الإنسان كنوع طبيعي ، فالإنسان كائن منطقي أو لنقل أنه كائن جدلي . وضرب الأمثال إذن وسيلة أساسية من وسائل الجدل . وما ذاك إلا لأن التمثيل استدلال عقلي جوهري وأساسي ، ويمثل القاعدة الأساسية لكل استدلال . فالإستقراء يعتمد على التمثيل ، لأننا إنما نتصفح الأفراد والجزئيات التي تشترك في صفة طبيعية واحدة أو متماثلة ، وهذا التماثل أو الإشتراك إنما تدركه البصيرة والحدس العقلي ، وهو الذي يجمع ويساوي بين المتشابهات ويفرق بين المختلفات . وكذلك فإن القياس الشمولي إنما يعتمد على الاستقراء ، فهو مقدمة له ، وبالتالي فهو يعتمد على التمثيل .

فليس عجبا إذن أن يلجأ القرآن الكريم - وهو يخاطب الأسود والأحمر من الناس - عامتهم وخاصتهم - إلى إستخدام قياس التمثيل ، لأنه إنما يدرك بالبداهة العقلية الأولى ولا يحتاج فيه إلى نظر معقد بل هو ضروري يدرك بالحدس العقلي وبالبصيرة .

هذا وقد ذكر ابن قيم الجوزية أن القرآن قد اشتمل على بضعة وأربعين مثلا، تتضمن تشبيه الشيء بنظيره ، والتسوية بينهما في الحكم : ويؤكد ابن القيم

أن ضرب الأمثال طريقة قرآنية بارزة في مجال الحجاج العقلي :

قال تعالى : " وتلك الأمثال نضربها للناس وما يعقلها إلا العالمون " (٧) .

يقول ابن قيم الجوزية في ذلك :

" والقياس بضرب الأمثال من خاصة العقل وقد ركز الله في فطرة الناس وعقولهم التسوية بين التماثلين ، وإنكار التفريق بينهما ، والفرق بين المختلفين وإنكار الجمع بينهما " (٨) .

ويذكر ابن القيم ثلاثة أنواع من قياس التمثيل : إثنان منهما صحيحان والثالث باطل :

النوعان الصحيحان هما (١) قياس العلة و (٢) قياس الدلالة (ولم يذكر قياس الشرط والحقيقة وهما ضمن الأنواع الأربعة التي ذكرها إمام الحرمين الجويني في " البرهان ") ، وأما النوع الثالث غير الصحيح فهو قياس الشبه : " قالوا إن يسرق ، فقد سرق أخ له من قبل " .

---

(٧) القرآن الكريم ، سورة العنكبوت ، أية ٤٣ .

(٨) ابن قيم الجوزية : أعلام الموقعين ، الجزء الأول ص ٣١٣

وأنظر أيضا د. صالح عبد الزيز آل منصور : حول الفقه وابن تيمية جزء ٢ ص ٣٠٥ ، النصر - القاهرة .

(٢ - ٣) أمثلة قياس التمثيل في القرآن الكريم:

(أ) قياس العلة:

(١) قال تعالى :

" إن مثل عيسى عند الله كمثل آدم ، خلقه من تراب ثم قال له كن فيكون "(٩) .

- فالمثل هنا هو عيسى عليه السلام ،

- والممثل به هو آدم عليه السلام ،

- والوصف الجامع المشترك هو علة التكوين في كليهما . كن) .

- فكيف لا يجري حكم الممثل به (آدم) على الممثل (عيسى) ، خاصة وأن أهل الكتاب يقرون بتكوين آدم بإرادة الله الطليقة ومشيئته المطلقة (كن) ، من دون أب ولا أم ، فكيف ينكرون تكوين عيسى بلا أب ؟ ! .

(٢) وقال تعالى :

" كالذين من قبلكم كانوا أشد منكم قوة وأكثر أموالا وأولادا ، فإستمتعوا بخلاقهم ، فإستمتعتم بخلاقكم كما إستمتع الذين من قبلكم بخلاقهم ، وخضتم كالذي خاضوا ، أولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة وأولئك هم الخاسرون"(١٠) .

----

(٩) القرآن الكريم ، سورة آل عمران : (٣ : ٥٩) .

(١٠) القرآن الكريم سورة التوبة (٦٩:٩) .

- الممثل هنا هو كفار قريش ،

- والممثل به هو الأمم البائدة ،

- والعلة التي هي الوصف الجامع المؤثر المشترك هو الكفر والإستمتاع بشهوات وملذات الحياة الدنيا ·

- الحكم هو إحباط الأعمال في الدنيا والخسران في الاخرة ، وهو الأمر الذي وقع على الأمم البائدة من الكفار فوجب إطراده على الكفار من قريش ، باعتبار ماسيكون من عاقبة أمرهم · فقد تساوى الطرفان في العلة فوجب أن يتساويا في الحكم وهو الخسران في الدنيا والآخرة ، فالطرف المشاهد هو الأمم البائدة باعتبار آثارهم والأخبار المتواترة عن مصيرهم ، الذي أخبر به كل الرسل · وجاء في القرآن الكريم · فالحكم معلق بالوصف الجامع المشترك وهو العلة ، أما الوصف الفارق (وهو شدة القوة وكثرة الأموال والأولاد) فقد ألغي لأن الحكم لا يتعلق به أصلا : ولكن يمكن اعتبار هذا القياس من نوع الأولى ، لأن الخسران والبوار وقع على الأمم البائدة من الكافرين برغم شدة قوتهم وكثرة أموالهم وأولادهم ، فلم يغن عنهم من الله شيئا · فالأولى إذن أن يأخذ المولى عز وجل كفار قريش ، وهم الأضعف قوة والأقل أموالا وأولادا ؛ فإنهم لا يكلفون شيئا ، والكل هين على المولى عز وجل ، ولا يشق عليه أمر مهما كبر أو صعب ، ولكن المسألة في ميزان العقل تقاس وتوزن ، فأخذ الأمم الكبيرة القوية يحتاج إلى قوة وتدبير أكبر من أخذ الأمم الصغيرة · أما فيما يتعلق بالمولى عز وجل ، فلا أوزان ولا أقدار بل الكل هين عليه لا يمسه منه تعب أو نصب أو لغوب !! ·

(ب) قياس دليل العلة :

- قال تعالى :

" ومن آياته أن ترى الأرض خاشعة فإذا أنزلنا عليها الماء اهتزت وربت ، إن الذي أحياها لمحيي الموتى ، إنه على كل شيء قدير (١١) ٠

- الممثل هو إحياء الموتى ،
- الممثل به هو إحياء الأرض ،
- دليل العلة : هو الإحياء والعلة هي القدرة الإلهية في كل منهما ٠
- والحكم إحياء الله للأرض الميتة البوار (الخاشعة) ٠
- والحكم يطرد من الشاهد (إحياء الأرض) إلى الغائب هو إحياء الموتى ، والإحياء المشاهد هو الأصل والإحياء الغائب هو الفرع ، معلق على العلة وهي قدرة الله المطلقة عن كل نوع من أنواع الإحياء ٠

(ج) قياس الشبه :

وهو قياس سفسطائي باطل يرد في حكاية القرآن الكريم عن المبطلين :

(١) قال تعالى :

" قالوا إن يسرق فقد سرق أخ له من قبل ٠٠٠" (١٢) ٠

---

(١١) القرآن الكريم ، سورة فصلت (٤١ : ٣٩) ٠

(١١) القرآن الكريم ، سورة يوسف (١٢ : ٧٧) ٠

(٢) وقالى تعالى :

" ما نراك إلا بشرا مثلنا " (١٣) .

فهذان القياسان فاسدان ، لأن العلة المقتضية للتساوي لا توجد .. ذلك أن التساوي بالأخوة في آية سورة يوسف ليس بعلة للتساوي في ارتكاب السرقة . فالوصف الجامع وهو الأخوة ليس وصفا مؤثرا ، فلا هو علة ولا هو دليلها ، ولا هو شرط ولا جمع بالحقيقة . فالجمع بالأخوة إذن جمع فارق ، لا مساوي فيما يتعلق بالحكم وهو السرقة (١٤) . فشبه الإخاء - فيما يتعلق بالسرقة وهي الحكم وصف هامشي مفرق لا موحد . فمجرد الإشتراك في الأخوة إذن وصف فارق (أو مفرق) لا موحد ولا مساوي- ومن هنا فإن اطراد حكم الأول (يوسف بزعمهم على الثاني (أخيه من أمه وأبيه بزعمهم) لا مسوغ له من ناحية منطقية . ومن هنا بطل الأساس المنطقي الذي يقوم عليه التمثيل المنطقي . فالجامع المشترك لا يستلزم الحكم فلا ينبغي إطراده . وما يقال عن آية سورة يوسف ، يمكن أن يقال عن أية سورة هود أعلاه ، فكلاهما يتضمن قياسا فاسدا أو سفسطائيا ، وهو ما أسماه ابن القيم قياس الشبه . وقياس الشبه عند ابن القيم يخالف قياس التمثيل (في صيغة قياس الغائب على الشاهد) إذ أنه يفتقر إلى العلة المؤثرة المشتركة الموحدة

---

(١٣) القرآن الكريم ، سورة هود (٤١ : ٢٧) .

(١٤) أنظر في ذلك :

د. صالح عبد العزيز آل منصور : أصول الفقه وابن تيمية (جزء آن)

الجزء الثاني ص ٧٠٨ ، دار النصر للطباعة الإسلامية . شبرا - القاهرة ١٩٨٠م.

أو المساوية للمثلين في الحكم ، في أي صورة من صورها الأربعة (العلة - الدليل - الشرط - الحقيقة) .

(٢ - ٤) قياس التمثيل في أقوال الرسول (صلى الله عليه وسلم):

إستخدم الرسول صلى الله عليه وسلم قياس التمثيل (في صيغة قياس الغائب على الشاهد) في كثير من حجاجه العديدة في سبيل إقامة دعوة الله في الأرض وفي المجتمع : وليست هنالك من أهمية تفوق أهمية إستخدامه - صلى الله عليه وسلم - لقياس الغائب على الشاهد في أول خطاب علني له في أعلى جبل الصفا ، بمكة المكرمة ، معلنا بذلك بداية المرحلة العلنية في تبليغ الدعوة الإسلامية :

قال صلى الله عليه وسلم مخاطبا قريشا : إن كنت مخبركم أن خيلا من وراء هذا الوادي توشك أن تغير عليكم ، أكنتم مصدقي ؟ قالوا : بلى ! ما عهدنا عليك كذبا !! فقال لهم : إني رسول الله إليكم من بين يدي عذاب أليم (إذا لم تؤمنوا بي) !

فكأنه يقول :

الخبر المحمدي في الماضي كان صادقا (شاهد)

والآن أوشك أن آتيكم بخبر محمدي جديد (غائب)

فلابد أن يكون الخبر المحمدي الجديد أيضا صادقا .

فالممثل : هو الخبر المحمدي الماضي

والحكم : هو صدق الخبر المحمدي

والوصف المشترك المؤثر : هو نسبة الخبر إلى محمد (صلى الله عليه وسلم) . أي محمدية الخبر . وهو الوصف الذي يتساوى فيه الممثل به والممثل ... فإذن اطراد الحكم من الممثل به إلى الممثل نقله منطقية (استدلال منطقي) سليم. وهذا النوع من قياس التمثيل هو قياس العلة . فالوصف المؤثر الجامع هو " محمدية " الخبر ، وهو علة صدق الخبر في نفس الوقت ، سواء أكان هذا الخبر في الماضي أو المستقبل . ولذلك فإن قياس التمثيل هنا قياس يقيني (كما ذهب إلى ذلك الفارابي ، رحمه الله) وكما ذهب إلى ذلك أيضا ابن تيمية ، وابن قيم الجوزية ، ومحب الدين عبد الشكور صاحب " شرح سلم بحر العلوم " فإن هذا الأخير يقول أنه إذا كانت أقيسة الفقهاء ظنية ، فليس يعود ذلك إلى ضعف في صورة التمثيل نفسه ، " ولكن لأن الأغلب في مقدماته الظن " (١٥) . مما يفتح الباب إلى يقينية إذا كانت المقدمات يقينية .

ولقد أقر الرسول (صلى الله عليه وسلم) معاذ بن جبل حينما قال إنه ، فيما يعرض له من أمور ونوازل ، إذا لم يجد لها حكما في كتاب الله أو سنة رسوله ، أن يجتهد رأيه ولا يألوا . فقال (ص) " الحمد لله الذي وفق رسول الله

---

(١٥)د. على سامي النشار : مناهج البحث عند مفكري الإسلام ، ص ٢٤٤ ، دار النهضة - بيروت ١٩٨٤ .

وأنظر أيضا : محب الدين عبد الشكور : شرح سلم بحر العلوم ، ص ١٤٩ طبعة دلهي ، (بدون تاريخ) .

لما يرضى الله ورسوله"(١٦) . ولا يمكن أن تكون الأحكام الفقهية المبينة على هذا القياس أحكاما ظنية ، بل لابد أن تكون قطعية ، كالحكم بأن النبيذ حرام قياسا على خمر العنب .

الصحابي والغلام الأسود وفتوى الرسول (صلى الله عليه وسلم):

روى البخاري - في صحيحه - أن أعرابيا أتى رسول الل صلى الله عليه وسلم فقال : إن إمرأتي ولدت غلاما أسود ، وإني أنكرته ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل لك من إبل ؟ قال : نعم . قال فما ألوانها ؟ قال : حمر. قال : هل فيها من أورق ؟

- قال : نعم ، إن فيها لأورقا
- قال : فأني ترى ذلك جاءها ؟
- قال : يارسول الله ، عرق نزعه !
- قال : ولعل هو عرق نزعه ..

ولم يرخص له في الإنتفاء منه " إنتهى حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم .

فالرسول (صلى الله عليه وسلم) هنا يستخدم قياس الغائب على الشاهد، فالشاهد هو صحة نسبة الجمل الأورق إلى الإبل الحمراء ، لأن عرقا نزعه

---

(١٦) حديث شريف مشهور ، أخرجه أبو داود والترمذي .

والغائب هو صحة نسبه .. الغلام الأسود إلى أبيه الأعرابي ، لأن عرقا نزعه .

فإذا تساويا " في مسألة العرق الدساس " فإن الحكم ينتقل من سلامة تبني الجمل الأورق إلى سلامة تبني الغلام الأسود .

وعلى كل ، فإن استخدام الرسول (صلى الله عليه وسلم) لقياس الغائب على الشاهد كثير جدا . ويصعب استقصاؤه جميعا ولا يتسع المجال هنا للتوسع في هذا الباب .

(٢-٥) قياس التمثيل في أقوال الصحابة :

كذلك استخدم الصحابة أيضا قياس الغائب على الشاهد في سائر أنواع الحجاج الذي ثار بينهم . بعد إنتقال الرسول (صلى الله عليه وسلم) إلى الرفيق الأعلى :

ففي يوم السقيفة ، كان دعاة خلافة الصديق يقولون :

" رضيه رسول الله (صلى الله عليه وسلم) لديننا ، أفلا نرضاه لدنيانا "

قياس عمر بن الخطاب ، ثمن الخمر على ثمن الشحوم المحرمة :

روى أن سمرة بن جندب باع خمور أهل الذمة وأخذ أثمانها سدادا للعشور التي كانت عليهم فبلغ ذلك عمر بن الخطاب ، فقال : (قاتل الله سمرة ، أما علم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :

" لعن الله اليهود ، حرمت عليهم الشحوم ، فباعوها وأكلوا أثمانها ") .

فالمثل به هنا هو ثمن الشحوم المحرمة .

والممثل هو ثمن الخمر

- والحكم هو تحريم أثمان الشحوم المحرمة ،

فنقل الحكم إلى أثمان الخمور

- والعلة الجامعة في كليهما هي التحريم للأصل المباع ، فما كان حراما ، فثمنه حرام ٠

ولعمر بن الخطاب رسالة مشهورة في القضاء ، ورد فيها إسم القياس صراحة :

قال عمر في رسالة القضاء المشهورة إلى واليه - أبي موسى الأشعري " أما بعد ٠ فإن القضاء فريضة محكمة ٠ وسنة متبعة ، فأفهم إذا ما أدلى إليك٠٠

الفهم ! الفهم فيما تلجلج في صدرك مما ليس في كتاب ولا سنة ٠ أعرف الأشباه والأمثال ، ثم قس الأمور عند ذلك " (١٧) ٠

وهكذا تتأكد قيمة ومكانة قياس الغائب على الشاهد في المصادر الإسلامية الأولى ، وحتى عصر الصحابة ٠ ولقد استمر الأمر على ذلك في عهد التابعين وكذلك في القرنين الأول والثاني من الهجرة ٠

٣- جابر بن حيان والقياس:

يجيء استخدام جابر بن حيان لقياس الغائب على الشاهد في فترة مبكرة

---

(١٧) اعلام الموقعين الجزء الأول ص ٢٥٣ ٠

من تاريخ العلم عند المسلمين . فلقد عاش جابر - رائد علم الكيمياء - في القرن الثاني الهجري . واشتهر بتأسيس العلوم الطبيعية على التجريب ، بل ولقد ارتبط اسمه بمنهجية التجريب . . . وجابر بن حيان - بالرغم من ذلك - وثيق الصلة بالمتكلمين ، خاصة . والذي يهمنا في هذه الدراسة هو استخدام جابر لقياس الغائب على الشاهد ، في مجال العلم الطبيعي . فهو لذلك يرى أن هذا القياس ظني الدلالة ففي كتابه التصريف (١٨) يقسم جابر هذا القياس ألى ثلاثة أقسام :

١- قياس المجانسة .

٢- قياس مجرى العادة .

٣- قياس الآثار .

وهذه الأقيسة كلها ظنية الدلالة ، عند جابر ؛ ولهذا السبب فهو يربطها بمفهوم الإستقراء العلمي الناقص ، ذلك الإستدلال الذي يتعلق بالعالم الخارجي ويقترن بالإحتمال ، يقوي ويضعف هذا الإحتمال مع كثرة الشواهد المثبتة أو قلتها :

- أن يقال إن هذه المرأة ولدت غلاما هذه المرة ، فهي إذن سوف تضع غلاما في المرة القادمة ، فإن هذا من قياس مجرى العادة ، ولكن احتماله ضعيف جدا ، لأنه لم تؤيده الشواهد غير مرة واحدة .

- ولكن هذا الإحتمال، يمكن أن يكون قويا جدا، في الحالات التالية :

----

(١٨) جابر ابن حيان : " كتاب التصريف " نشر ضمن كراسة المستشرق بول كراوس : المختار من رسائل جابر ابن حيان .

" كرجل قال إن ليلتنا هذه ستنكشف عن يوم يتبعها ويكون عقبها ، فسألناه من أين علم ذلك ؟ فأجاب بأن قال : من قبل أني لم أجد ليلة إلا وانكشفت عن يوم ؛ فظاهر ألا يكون إلا على ما وجدت .

وليس في هذا الباب علم يقين واجب ، وإنما وقع منه تعلق واستشهاد بالشاهد على الغائب ، لما في النفس من الظن والحسبان . فإن الأمور ينبغي أن تجري على نظام مشابهة ومماثلة . فإنك تجد أكثر الناس يجرون أمورهم على هذا الحسبان والظن ، ويكاد أن يكون ذلك يقينا ... " (١٩) .

والكلمات التي ختم بها جابر تعليقه على قياس الغائب على الشاهد - وهو هنا يتعلق بقياس مجرى العادة الذي يعتمد على النظام الطبيعي ، وما ينطوي عليه من عملية طبيعية (أو طبائعية)- لهي عبارة عجيبة ينبغي التوقف عندها قليلا :

(١) فهي من ناحية ، تكشف عن تردده حول مدى حجية قياس الغائب على الشاهد ، فلقد حكم أولا أنه ظني الدلالة ، وها هو الآن يقول أنه - وفي مثل هذه الحالات التي تعبر عن إطراد الطبيعة وتتمتع بشواهد كثيرة جدا وتكاد أن لا تكون محصورة ، من هنا يقوي الإحتمال حتى يقارب اليقين . ونجد صدى لهذه الفكرة عند الفارابي فيما بعد ، عندما تحدث عن :

(١) المقدمات اليقينية ،

(٢) وتلك التي تقارب اليقينيات ،

---

(١٩) جابر ابن جيان : المصدر السابق .

ولقد تبلور هذا الإتجاه عند ابن سينا والغزالي - فيما بعد - وانتهى إلى اعتبار بعض القضايا التي هي من باب :

- الحسيات (الظاهرية والباطنية) ،
- والمجربات ،
- والمتواترات ،

قضايا يقينية ، وتصلح أن تكون مقدمات لأقيسة منطقية ضرورية الصدق. وبالرغم من إعتراضات الجويني على قياس الغائب على الشاهد (وكذلك السبر والتقسيم وسائر أدلة المسلمين (الأخرى ، على ما بيناه أعلاه) وبالرغم من رأي الشافعي - في الرسالة - في اعتبار قياس التمثيل قياسا ظني الدلالة ، إلا أن الإتجاه الذي بدأ في مقالة بن حيان أعلاه ، أن قياس الغائب على الشاهد (وقياس التمثيل المضمر في ثناياه) " يكاد أن يكون ذلك يقينا " قد أخذ يقوي على مرور الزمن :

أولا : في كتابات الفارابي واهتمامه بقياس التمثيل عامة ، وقياس الغائب على الشاهد خاصة ، والتي انتهت في " كتاب القياس " إلى الحكم بأن قياس التمثيل وكذلك قياس الغائب على الشاهد يمكن أن يكون يقيني الدلالة ، وذلك برده إلى قياس سلوجستي من الشكل الأول .

وثانيا : في كتابات ابن تيمية وابن القيم تلميذه ، ومحب الدين عبد الشكور وغيرهم . وسوف نعرض أراء ابن تيمية ، ودفاعه عن قياس التمثيل ، واعتباره أساسا راسخا للقياس الشمولي وكذلك لكل تعميم استقرائي ، فيما يلي من هذه الدراسة . ولكننا نريد أن نعرج أولا على موقف الجويني في رفضه لقياس التمثيل والغائب على الشاهد وكل مناهج الإسلاميين المنطقية فنستكمل ما بدأناه

من شرح لموقف الجويني ، وذلك بالرجوع :

(١) إلى ما كتبه في " الإرشاد " ، وحيث نجد موقفا للجويني يكاد يناقض موقفه في " البرهان " في هذا الصدد .

(٢) والرجوع إلى بعض آرائه الفلسفية ، والتي استخدم فيها منهجية قياس منهجية قياس الغائب على الشاهد عن وعي بذلك أو لا وعي .

ونريد كذلك - قبل أن تختم هذه الدراسة باستعراض الآراء المؤيدة لقياس الغائب على الشاهد - أن نناقش موقف ابن رشد حول هذا القياس وبعض تفاعلات الموقف الرشدي عند بعض المفكرين الغربيين ، وخاصة ديفيد هيوم و " كانط " !

٤- الجويني وقياس الغائب على الشاهد في "الإرشاد" :

بينما رفض الجويني قياس الغائب على الشاهد (في البرهان) رفضا تاما شاملاً ، لم يستثن منه أي صيغة لهذا القياس (وهي الصيغ الأربعة كما قدمنا)، نفاجأ به يقبل بهذا القياس في :

١- الإرشاد .

٢- العقيدة النظامية .

٣- في قبوله (وسائر الأشاعرة) للقياس الأصولي ! .

٤- في حجاجه لإثبات " الصانع " والرؤية يوم القيامة ومسائل أخرى كثيرة .

أما في الإرشاد (٢٠) ، فلقد إتخذ الجويني موقفا إيجابيا من قياس

---

(٢٠) الإمام الجويني " الإرشاد " ، تحقيق د . محمد يوسف موسى ، وعلى عبد المنعم عبد الحميد . مكتبة الخانجي - القاهرة ١٩٥٠ .

الغائب على الشاهد ، فهو من ناحية يرى أنه - إذا تحقق له الجامع العقلي الملائم، والذي هو وصف جامع مؤثر - فهو من الأدلة العقلية السليمة المفضية إلى القطع ، والأدلة العقلية المفضية إلى القطع - في رأي الجويني :-

" يلزم اطرادها ولو تخيل العاقل ثبوت الدلالة غير دالة ، لكان ذلك موجبا لخروجها عن قضية الأدلة على العموم " (٢١) .

وفي حوار له مع الكعبي (أحد زعماء المعتزلة) ، يقول إن المعتزلة قد سلموا ببعض الأدلة القطعية الدلالة في الشاهد ، فيلزمهم طردها في الغائب . من تلك الأدلة :

- أن أفعال العباد ، من حيث كونها تختص بأوقات وصفات مخصصة تقتضي أنها أفعال صدرت عن قصد ، وأن هذا القصد هو الذي أكسبها تلك الخصائص في الأوقات والصفات .

- كذلك فإن الإتساق والإنتظام والإحكام والإتقان في تلك الأفعال ، تدل على كون المتقن عالما ، والإختصاص يدل على كونه : قاصدا إلى التخصيص .

وكل هذه الإستدلالات - عند الجويني - تقود إلى أدلة عقلية قاطعة الدلالة في الشاهد ، ولذلك وجب طردها في الغائب . وإن الكعبي وأتباعه ملزمون بهذا الإستدلال من الشاهد إلى الغائب .

----

(٢١)الجويني : المصدر السابق - ص ٦٤ وما بعدها .

ويؤكد الجويني هذا الإلزام المنطقي بقبول قياس الغائب على الشاهد . ويقول - مخاطبا الكعبي وأتباعه - إن التعرض لنقض هذا الدليل يفضي إلى جحد مسألة بديهية ، هي أن أفعال العباد من حيث إتصافها بالإحكام والإتقان تدل على إنهم - أي العباد - علماء ، من غير أن يدل على ذلك في حق المولى عز وجل :

يقول الجويني في " الإرشاد " :

" فنقول للكعبي - بعد تقرير ذلك - كل وجه يدل العقل شاهدا من أجله على كونه مرادا مقصودا . ما دل عليه الفعل شاهدا . ولو ساغ التعرض لنقض الدلالة وعدم طردها ، لساغ أن يدل الأحكام شاهدا على كون المحكم عالما ، من غير أن يدل الإحكام في فعل الله على كونه عالما ... " (٢٢) .

وتأتي بعد ذلك فقرة يبدي الجويني فيها بعض التردد والتحفظ حول صحة وحجية قياس الغائب على الشاهد ، وذلك عندما لا يكون الجامع العقلي موجودا . أو عندما لا يكون صبغة مؤثرة ومعللة لإطراد الحكم من الشاهد إلى الغائب . وفي مثل هذه الحالات لا يكون استخدام قياس الغائب على الشاهد مشروعا ... لابل إن استخدامه - في مثل هذه الحالات - يؤدي :

" إلى الجهل والكفر ، وكل جهالة تأباها العقول ؛ فإن من قال يقضي على الغائب بحكم الشاهد من غير جمع ، لزمه أن يحكم بكون الباري تعالى جسما محدودا من حيث لم يشاهد فاعلا إلا كذلك ، ويلزمه منه القضاء بتعاقب الحوادث

----

(٢٢) الجويني : المصدر السابق - ص ٦٤ .

إلى غـيـر أول من حـيث لم يشـاهدها إلا مـتـعـاقـبـة ، إلى غـيـر ذلك من الجهالات. . ."(٢٣) .

أما في " العقيدة النظامية " فقد استخدم الإمام الجويني القياس أو الإستدلال العقلي ، المبني على قياس الغائب على الشاهد في مسألة إثبات السمع والبصر والإدراك للمولى عز وجل .

ويقول صاحب " هوامش على العقيدة النظامية " - الدكتور/ محمد عبد الفضيل - من علماء الأزهر الشريف البارزين المحققين :

" أما إمام الحرمين فقد قبل مبدأ الإستدلال على مرتكز الكمال والنقص تارة أخرى ، وهو ما فعله هنا في النص الذي نحن بإزائه "(٢٤) .

ويرى الدكتور/ محمد عبد الفضيل أن ما قرره الجويني في الإرشاد ؛ فيما يتعلق بإثبات السمع والبصر والإدراك للمولى عز وجل هو تقريبا ما قرره الأشعري نفسه ، ولكن على نحو أكثر تفصيلا .

" فأفعاله تعالى دالة على كونه حيا ، والحي قابل للإتصاف بكونه سميعا بصيرا " (٢٥) .

---

(٢٣) الجويني : الإرشاد - ص ٤١٩ وما بعدها .

(٢٤) د. محمد عبد الفضيل : " هوامش على العقيدة النظامية " ص ٢٨١ وما بعدها القاهرة ١٩٨٦ .

(٢٥) د. محمد عبد الفضيل : " هوامش على العقيدة النظامية " ص ٢٨١ .

ويقول صاحب " هوامش العقيدة النظامية " أن الجويني - في الإرشاد - يعتمد على السبر والتقسيم وعلى قياس الغائب على الشاهد ، وهو يقرر أن اتصافه تعالى بالسمع والبصر ، إنما يستدل عليه عقليا من حيث كونه متصفا بالحياة وتفصيل ذلك أنه لو سبرت صفات الحي لما وجدنا صفة تصحح إتصافة بالسمع والبصر سوى الحياة نفسها . هذا في الشاهد ولذا وجب طرده في الغائب.

أما في " العقيدة النظامية " فإن الجويني - فيما قرره الدكتور/ محمد عبد الفضيل - يسوق الدليل على إتصافه تعالى بالسمع والبصر والإدراك على مرتكز الكمال والنقص .. ولكن مرتكز الكمال والنقص - وهذا ما قرره الدكتور/ عبد الفضيل - إنما يرتكز على قياس الغائب على الشاهد وهو يقول في ذلك :

" ولو أنك تأملت ما ذكره الآمدي في قاعدة الكمال والنقص ، لوجدت أنها - هي الأخرى - وبالرغم مما قاله الآمدي بصدد قياس الغائب على الشاهد - لوجدت أنها هي أيضا تعتمد على هذا القياس ، فما دامت المسألة قد أنيطت بالعقل ، فلسنا نتصور الكمال إلا بما نعرفه في الشاهد ، ولسنا نتصور النقصان إلا بما نعرفه أيضا في الشاهد ، ثم نقيس عليهما بعدئذ ... "(٢٦) .

والآمدي - في الإشارة أعلاه - يعكس صدى نقد الجويني لاستدلال الغائب على الشاهد في " البرهان " ، ولكن مواقف الجويني المتعددة عن الإستدلال في(١) " الإرشاد " (٢) وفي " العقيدة النظامية " ، تقلل كثيرا من قيمة نقده

----

(٢٦) د. محمد عبد الفضيل : " هوامش على العقيدة النظامية " ص ٢٨٦ .

(١) " الإرشاد " (٢) وفي " العقيدة النظامية " ، تقلل كثيرا من قيمة نقده لهذا القياس في البرهان ، ولا يعتد بنقد الآمدي هنا ، لأنه لم يضف جديدا لنقد الجويني في " البرهان " .

لهذا القياس في البرهان ، ولا يعتد بنقد الآمدي هنا ، لأنه لم يضف جديدا لنقد الجويني في " البرهان " .

وهكذا نستطيع أن نتجاوز موقف " البرهان " السلبي من قياس الغائب على الشاهد - خاصة والجويني يستخدم قاعدة الكمال والنقص كثيرا في حجاجة عامة . ولقد رأينا أن هذه القاعدة تعتمد على قياس الغائب على الشاهد ، وكما لاحظ ذلك الدكتور/ عبد الفضيل أعلاه - ومن جانب آخر فالجويني يستخدم قياس الغائب على الشاهد إما صراحة ، وإما من خلال استخدامه لقاعدة الكمال والنقص في مسائل كثيرة ، نذكر منها :

١- اثبات وجود الصانع .

٢- جواز رؤية الله يوم اليامة .

٣- اثبات السمع والبصر والإدراك للمولى عز وجل .

٤- في استخدامه للقياس الأصولي وهو حالة خاصة تطبيقية لقياس الغائب على الشاهد .

وكيف يتسنى للجويني أن يرفض قياس الغائب على الشاهد وهو القياس العقلي الذي يعتمد على بداهة العقل . وذلك في مقايسة الأشباه والنظائر والأمثال وطرد الحكم بناء على هذه المقايسة . والجويني نفسه قد ذكر في "البرهان" أن جحد بداهة العقل تقود إلى السفسطة وجحد العلوم كلها :

" فإن غاية المناظر اضطرار خصمه إلى الضروريات ، فإن كان مذهبهم جحدها ، والتمادي فيه ، فكيف الإنتفاع بمكالمتهم .... " (٢٧)

لكل هذه الأسباب ، وبالنظر إلى أن الأشاعرة عموما قد قبلوا قياس الغائب على الشاهد ، وكذلك المعتزلة ، فإن رفض الجويني لهذا القياس - " في البرهان " - بالرغم من موقفه المؤيد لقبول البديهيات العقلية واعتبارها مبادىء ضرورية لكل علم ، نقول بالنظر لكل تلك الأسباب يبدو رفض الجويني لقياس الغائب على الشاهد - في البرهان - موقفا معزولا ، وغير متسق مع مواقف الجويني نفسه في " الإرشاد " و " العقيدة النظامية " وسائر مواقفه الفلسفية والكلامية.

٥- ابن رشد وقياس الغائب على الشاهد:

موقف ابن رشد من قياس الغائب على الشاهد موقف مختلط : فهو من جهة يقبله في بعض المواقف ، ويستخدمه في بعض استدلالاته ، ولكنه يرفضه في مواضع أخرى ، حيث يرى أن استخدامه يؤدي إلى استدلالات فاسدة وباطلة .

(٥-١) المواضع التي يقبل فيها ابن رشد هذا القياس:

- إثبات الصفات السبعة:

- ابن رشد يستخدم قياس الغائب على الشاهد في مسألة الصفات فيقول:

---

(٢٧) الجويني : " البرهان " تحقيق عبد العظيم الديب . ص ١١٤ . نشر دار الأنصار القاهرة ١٩٨٢م/١٤٠٠هـ .

" وأما الأوصاف التي صرح الكتاب العزيز بوصف الصانع (الموجد) للعالم بها ، فهي أوصاف الكمال الموجودة للإنسان وهي سبعة : العلم والحياة والقدرة والإرادة والسمع والبصر والكلام " وكأنه يقول إن اتصاف الإنسان بهذه الصفات (في الشاهد) كمال له وهو الأقل وهو المخلوق ، فكيف لا يتصف بها الله عز وجل ، وهو الخالق وهو الأول والآخر " ولله المثل الأعلى " . فإتصاف الموجود بهذه الصفات كمال له في الشاهد ، وكذلك فإن اتصاف موجود بها في الغائب (على فرض وجوده) هو أيضا من باب الكمال له وهو أولى بذلك وأحرى وأجدر . ويستطرد ابن رشد في تفصيل ذلك بالنسبة لكل الصفات واحدة تلو الأخرى :

(١) إثبات العلم لله عز وجل:

ووجه إثبات العلم له - كما جاء في كتابه العزيز - (ألا يعلم من خلق ، وهو اللطيف الخبير) (٢٨) . أي أن الإتفاق والترتيب ، والغائية ، من حيث أن بعض أجزائه قد صنع من أجل عمل أجزاء أخرى ، ومن حيث موافقة جميع الأعضاء للمنفعة المقصودة من ذلك الشيء المصنوع ، كل ذلك - يحتم أن الصانع ليس شيئا من أشياء الطبيعة الجامدة أو اللاعاقلة ، وإنما يثبت ذلك الشيء فرتب كل شيء ،

---

(٢٨) الآيجي : المواقف : ص ٣٧ وما بعدها .

وأنظر أيضا :

- الغزالي : الإقتصاد في الإعتقاد : ص ٢٣٦ - ٢٣٧

ليتوافق وتلك الغاية ويخدمها . وأن ذلك كله قد رتب وعلم قبل صناعة المصنوع، وأن هذا العلم هو أساس الصنعة وأساس الخلق ، فالجاهل بالشيء يستحيل عليه أن يتصوره ، ناهيك عن أن يصنعه . ثم يؤكد ابن رشد إتصاف المولى عز وجل بالعلم باللجوء إلى قياس الغائب على الشاهد : يقول ابن رشد :

" مثال ذلك : أن الإنسان إذا نظر إلى البيت فأدرك أن الأساس إنما صنع من أجل الحائط ، وأن الحائط من أجل السقف ، تبين أن البيت إنما وجد عن عالم بصناعة البناء ..." (٢٩) .

(٢) إثبات الحياة لله عز وجل:

هنا يلجأ ابن رشد بصورة مباشرة - إلى استخدام قياس الغائب على الشاهد ليثبت صفة الحياة لله عز وجل . فإتصافه بالحياة شرط لإتصافه بالعلم . يعرف ذلك من الشاهد . فكل عالم في الشاهد حي - فلزم طرده ، يقول ابن رشد في ذلك :

" وأما صفة الحياة ، فظاهر وجودها من صفة العلم ، وذلك أنه في الشاهد أن من شرط العلم الحياة . والشرط عند المتكلمين يجب أن ينتقل فيه الحكم من الشاهد إلى الغائب وما قالوه في ذلك صواب .. " (٣٠) .

----

(٢٩) ابن رشد : الكشف عن مناهج الأدلة ص ٧٧ . منشور ضمن كتاب " فلسفة ابن رشد " . المكتبة المحمو

(٣٠) المرجع السابق .

(٣) إثبات الإرادة لله عز وجل:

وما قيل عن الحياة ، يقال هنا عن الإرادة ، فهي شرط للفاعلية أو الصانعية في الشاهد والغائب معا : فمن يصدر عنه فعل يلزم أن يكون مريدا له!.

(٤) إثبات القدرة للمولى عز وجل:

وكذلك القدرة شرط من شروط الفعل أو الصنع . ويطرد فيها الحكم شاهدا وغائبا .

(٥) إثبات الكلام للمولى عز وجل:

هنا يستخدم ابن رشد قياس الأولى والأحرى وهو نوع من قياس الغائب على الشاهد ، يقول ابن رشد في ذلك :

" فإن قيل ، فصفة الكلام له من أين تثبت له ؟ قلنا تثبت له من قيام صفة العلم به ، وصفة القدرة على الإختراع ، فإن الكلام ليس شيئا أكثر من أن يفعل المتكلم فعلا يدل به المخاطب على العلم الذي في نفسه ،.... وذلك فعل من جملة أفعال الفاعل . وإذا كان المخلوق الذي ليس بفاعل حقيقي - أعني الإنسان - يقدر على هذا الفعل من جهة ما هو عالم قادر ، فكم بالحرى أن يكون ذلك واجبا في الفاعل الحقيقي " (٣١) .

---

(٣١) ابن رشد : " الكشف عن مناهج الأدلة " ، ص ٧٧ .

(٦) و(٧) إثبات السمع والبصر للمولى عز وجل:

ثبتت للمولى عز وجل صفات السمع والبصر شرعا وعقلا . أما عقلا فلأن الصانع لابد يدرك المصنوعات - من باب أنه عالم بما صنع - والسمع والبصر إدراكات فلزم أن يكون الصانع متصفا بهذه الادراكات . وهي من جملة العلم الذي هو شرط للصانع مشاهدا فينبغي طرده غائبا ... ومن ذلك يلزم أن يكون المولى عز وجل سميعا بصيرا . وأيضا : كيف يعبد الإنسان مالا يسمع ولا يبصر . إنه " من العبث أن يعبد الإنسان من لا يدرك أنه عابد له " .

قال تعالى : " يا أبت لم تعبد مالا يسمع ولا يبصر ولا يغني عنك شيئا"(٣٢) .

وهكذا يتضح من آراء ابن رشد - أعلاه - في مسألة الصفات وهي عقدة العقد في الفكر الفلسفي عامة والإسلامي خاصة - أنه يقبل بصلاحية قياس الغائب على الشاهد في ثلاثة صور من صوره الأربعة ، وسنرى عما قريب - أنه يرفضه في الصورة الرابعة ألا وهي الصيغة التي يكون الجامع العقلي فيها ما يسمى " بالجمع بالحد والحقيقة " . أما الصور الثلاث التي يقبلها ابن رشد ، كما هو واضح من نقاشه لمسألة الصفات الإلهية وطريقة إثباتها - فهي الصور الاتية :

(١) الجمع بالعلة:

وهذه واضحة في استدلالة على مسألة العلم واتصاف المولى عز وجل بها... وهي أيضا مستخدمة في مواضع أخرى .

---

(٣٢) القرآن الكريم سورة مريم (١٩ : ٤٢) .

(٢) الجمع بالدليل (أي دليل العلة) :

وهذه واضحة فإستدلاله من الصنع والإتقان والأحكام على إتصافه تعالى بالقدرة .

(٣) أما الجمع بالشرط :

فهو أكثر الأمثلة ، ومن أبرزها أن الحياة شرط لاتصافه تعالى بالعلم . فلا يوصف بالعلم إلا من كان حيا .

(٥-٢) المواضع التي يرفض فيها ابن رشد هذا القياس :

- رفض الجمع بالحد والحقيقة :

يرفض ابن رشد الجمع بالحد والحقيقة كصفة من قياس الغائب على الشاهد - وذلك في مسألة علم الله بالجزئيات - وهي المسألة التي كفر بها أبو حامد الغزالي الفارابي وابن سينا . ففي " فصل المقال " و " الضميمة " يقول ابن رشد أن الله يعلم بالجزئيات وكذلك الكليات ولكن علمه بهما أي الجزئيات والكليات - ليس على الحقيقة التي يعلمها البشر : فعلم الله تفترق حقيقته وحده من علم البشر ، علم الله هو العلة في وجود ما يوجد من الأشياء والموجودات ، وهكذا ينتفي الجامع العقلي الذي يوحد الغائب والشاهد في مسألة علم الله بالجزئيات - وهكذا وجد ابن رشد مخرجا من هذه المسألة الشائكة ، فلا أثبت علم الله بالجزئيات ، كما أثبته المتكلمون الأشاعرة - صفة زائدة من ذات الله - ولا نفاه كما نفته الفلاسفة (الفارابي وابن سينا ، تأسيسا على موقف أرسطو " إلا علم إلا بما هو كلي ") يقول ابن رشد في ذلك :-

" والذي ينحل به هذا الشك عندنا هو أن يعرف الحال في العلم القديم مع الموجود ، خلاف الحال في العلم المحدث مع الموجود : وذلك أن وجود الموجود هو علة وسبب لعلمنا ، والعلم القديم هو علة وسبب للموجود .... وإنما أتى هذا الغلط من قياس العلم القديم على العلم المحدث ، وهو قياس الغائب على الشاهد ، وقد عرف فساد هذا القياس ... "

وواضح أن ابن رشد يرفض هنا صيغة معينة لقياس الغائب على الشاهد ، وهي تلك الصيغة التي نفترض أن الحد والحقيقة في العلم الإلهي والعلم البشري شيء واحد ، وهذا غير صحيح . وهو هنا يرد أيضا على أبي حامد الغزالي . في " تهافت الفلاسفة " عندما زعم أبو حامد أن العلم والمعلوم بمثابة المضاف والمضاف إليه ، فحدوث تغيير في المضاف لا يلزم منه تغير المضاف إليه ، وأعطى أبو حامد مثلا لذلك بزيد والإسطوانة ، تارة تكون على يمينه وتارة تكون على يساره ، وزيد هو زيد لايتغير ، فلو زعم زاعم أن علم الله بالحوادث حينما تقع هي غير علمه القديم أنه سوف تقع ، وأن التغير في العلم الحادث يعني التغير في علم الله أو في ذاته ، فإن أبا حامد يرد عليه - بأن هذا الإشكال ينحل بأن العلم والعالم من المضاف والمضاف إليه ، لا يستوجب تغيرا في المضاف إليه ، عندما يحدث تغير في المضاف . وينكر ابن رشد أعلاه كلام أبي حامد هنا ، ويقول أن الإشكال لا ينحل إذا رفض قياس الغائب على الشاهد في هذه الحالة ، حينما يكون الجامع العقلي هو " بالحد والحقيقة " .

وعرف أن هنالك فرقا جوهريا في علم الله بالجزئيات ، وهو وإن تعلق

بالحوادث ، فهو ليس كعلم البشر ، إذ أن علم البشر حادث بالحقيقة لا بالمجاز وهو معلول للموجودات ، بينما علم الله - سواء أكان بالكليات أو بالجزئيات الحادثة فهو ليس بحادث ، بل هو قديم وهو علة للحوادث والموجودات ، وتجنب أبو الوليد ابن رشد أن يقول بالضبط كيف يتعلق العلم القديم بالحوادث .

وهنالك بالطبع حالة أخرى يرفض فيها أبو الوليد ابن رشد قياس الغائب على الشاهد - ويقول ، كما نبهنا أعلاه - أنه يقود إلى الكفر والإلحاد وإلى الزندقة ، وذلك عندما لا يوجد الجامع العقلي المشروع (كالعلة ودليل العلة والشرط) ، فإنه حينئذ يؤدى إلى " جهالات تأباها العقول " . وهذا متفق عليه ، ويعد هذا استخداما فاسدا لقياس الغائب على الشاهد . لا أن القياس نفسه فاسد في كل صوره . . .

ويرى ابن رشد أن عدم الإحتراز من الاستخدام الفاسد لقياس الغائب على الشاهد - وهو ما يحدث عندما لا يكون هنالك جامع عقلي مشروع - يؤدي إلى موقف المجسمة الذين يقولون أنه لا يوجد موجود في الشاهد إلا وهو جسم فيطرد هذا الحكم - عند العامة الذين يغيب عن إدراكهم أنه هنا بالفعل موجودا في الشاهد ليس بجسم وهو النفس (٣٣) - فيقال إن الله هو جسم قياسا للغائب على الشاهد . وهذا استخدام فاسد لأنه لا تجتمع الذات الإلهية مع غيرها من الموجودات بأي جامع عقلي ، مهما كان نوعه ، فهو تعالى (ليس كمثله شيء) .

---

(٣٣) ابن رشد : المصدر السابق ، ص ٨١ .

٦- قراءة جديدة لموقف الجويني في " البرهان ":

وربما يعطينا موقف ابن رشد هنا من الإستخدام الفاسد لقياس الغائب على الشاهد قرينة أو إشارة لفهم موقف الجويني الغامض لقياس الغائب على الشاهد في " البرهان " ، إذ يبدو من كلام الجويني في " البرهان " أنه يرفض قياس الغائب على الشاهد جملة وتفصيلا ، بينما يتخذ موقفا إيجابيا من هذا القياس في " الإرشاد " وفي " العقيدة النظامية " مما يثير التساؤل عن حقيقة موقفه في " البرهان " وهل هو متناقض حقيقة أو ظاهرا مع ما قرره في " الإرشاد " وفي " النظامية " ؟ !

والذي يراه الكاتب هنا أن موقف الجويني في " البرهان " يمكن فهمه على ضوء ملاحظات ابن رشد عن الإستخدام الفاسد لهذا القياس ، عندما لا يكون هنالك جامع عقلي أصلا ، أو حين يكون هذا الجامع هو الجمع بالحد والحقيقة .

وعلى ضوء هذا الفهم ، فيمكن أن يقال : إنه الجويني عموما وككل الأشاعرة قبل قياس الغائب على الشاهد ، إذ أن موقفهم في الصفات ذاتها زائدة عن الذات - مبني - في الأساس - على قياس الغائب على الشاهد . ففي الشاهد دوما وصف وموصوف وكذلك في الغائب ، ولأنهم رفضوا موقف المعتزلة على أنه تعطيل للمولى عز وجل عن صفاته العليا وأسمائه الحسنى وهو أمر مرفوض عند الأشاعرة شرعا وعقلا ، إذ أن الموجود الذي لا يوصف بأي صفة ثبوتية هو عدم محض ..

إذن فالذي يريد أن يقوله الجويني في " البرهان " أن قياس الغائب على الساهد قياس فاسد ، ولكن كثيرا ما يستخدم استخداما فاسدا ؛ وذلك إما عندما لا يكون هنالك جامع عقلي أصلا أو عندما يكون هذا الجامع جامعا غير مشروع عنده ، كالجمع بالحد والحقيقة وهو ما رفضه ابن رشد صراحة .

ومن القرائن التي تؤيد فهمنا هنا لما قاله الجويني في " البرهان " عن قياس الغائب على الشاهد ، وأن هذا القول لا يعتبر رفضا مطلقا لهذا القياس ، وإنما هو فقط رفض له عندما لا يستوفي بعض الشروط المنطقية تلك الإشارة إلى الإستخدامات الفاسدة لقياس الغائب على الشاهد التي هي مدخل للمشبهة والمعطلة والزنادقة . . . وهذا نص رائع للجويني يدل على فهمه العميق على أن قياس الغائب على الشاهد وما يندرج في مظلته من قياس التمثيل إنما يقع في عملية الإستدلال ، في اللباب وفي القلب ، وأن مسألة صفات الله وأفعاله وأحكامه هي النقطة القاعدة للفلسفات الدينية وما تشتمل عليه من عقائد ، وهنا تلتقي المسائل القاعدية في المنطق مع المسائل التصورية الأساسية في علم العقائد ، وأن كل إنحراف يقع في العقائد إنما هو بسبب الاستخدام الفاسد لهذا القياس الجوهري وما يقع تحت مظلته من قياس التمثيل ، الذي هو بدوره حجر الأساس في عملية الإستدلال المنطقي : وهي عماد كل منطق وآلة كل علم . يقول الجويني - في النص الذي نحت بصدده هنا :

" ثم قالوا أما بناء الغائب على الشاهد فلا يجوز التحكم به من غير جامع

عقلي . ومن التحكم به (يعني من غير جامع عقلي) شبهت المشبهة ، وعطلت المعطلة ، وعميت بصائر الزنادقة .." (٣٤) .

ثم تأتي بعد ذلك فقرة يقول فيها :

" أما بناء الغائب على الشاهد فلا أصل له ، فإن التحكم به (يريد بلا جامع عقلي) باطل وفاقا " .

فكأن الجويني يقول هنا أن قياس الغائب على الشاهد لا أصل له عندما يكون مبنيا على تحكم من غير جامع عقلي . وهذا لا بأس به وهو نوع من أنواع الإستخدام الفاسد لقياس الغائب على الشاهد وهو مرفوض عند الكل .

وكذلك يرفض الجويني الجمع بالعلة (إذ لا علة ولا معلول عندنا) . وهذا الرفض للجمع بالعلة أمر محير ، لأن الجويني وكما رأينا أعلاه يقبله في " الإرشاد" وفي " العقيدة النظامية " ، وكذلك فإن الأشاعرة عموما قد قبلوا القياس الأصولي والعلة فيه هي مناط الحكم . وهو أيضا محير لأن الأشاعرة - ومنهم الجويني نفسه في " الإرشاد " وفي " النظامية " قد استخدموا منهجية قياس الغائب على الشاهد في إثبات صفات زائدة على الذات ، في حق المولى عز وجل .

وربما نجد حلا لهذا الإشكال إذا فسرنا رفضه للعلية هنا ليس فيما يتعلق

----

(٣٤) الجويني البرهان ص ١٢٧ .

بمسألة الصفات ، ولكن فيما يتعلق بمسألة الألوهية نفسها أي مسألة الذات الإلهية. فهنا يحق له القول " لا علة ومعلول " وكذلك نستطيع أن نفهم مقولته اللاحقة في نفس السياق - في " البرهان " أنه فيما يتعلق بطبيعة العلم الإلهي فإنه يختلف - في الحقيقة والحد - عن العلم البشري فلا جامع بينهما ، إذا وضعنا في صيغة قياس الغائب على الشاهد ونسبة لإنعدام الجامع العقلي بين العلم الإلهي والعلم البشري ، يكون استخدام هذا القياس هنا استخداما فاسدا .

وطبقا لهذا الفهم ، يمكننا أن نفهم النص التالي على أنه إشارة إلى موضوع إستخدام قياس الغائب على الشاهد في كل مسألة لا يوجد فيها جامع مناسب بين طرفي القياس ، وهذا يصدق بالذات على بعض المسائل المتعلقة بالذات الإلهية وببعض الصفات المتعلقة بها :

يقول الجويني في ذلك :

" والقول الجامع في ذلك (أي حيث يكون التحكم في القياس من دون جامع عقلي) أنه إن قام دليل على المطلوب في الغائب فهو المقصود ، ولا أثر لذكر الشاهد ، وإن لم يقم دليل على المطلوب في الغائب ، فذكر الشاهد لا معنى له " (٣٥) .

وإذا صحت هذه القراءة لموقف الجويني عن قياس الغائب على الشاهد -

---

(٣٥) المرجع السابق .

كما وردت في " البرهان " فإن ذلك من شأنه أن يجعل التناقض بين هذه الآراء وبين تلك التي جاءت عنه في " الإرشاد " وفي " النظامية " تناقض ظاهري لا حقيقي . ويكون رفضه لقياس الغائب على الشاهد - في " البرهان " يفسر على رفضه له عندما :

١- لا يكون هنالك جامع عقلي أصلا .

٢- عندما يكون الجامع - سواء أكان بالعلة أو الدليل أو الحد - جامعا غير مؤثر ولا مناسب ، خاصة عندما يكون الحديث عن الذات الإلهية . " فهو ليس كمثله شيء " فليس هنالك من وصف يجمع بين الغائب هنا (وهو الله) والشاهد أصلا .

وهذا موقف قريب من الموقف الذي اتخذه ابن رشد في " فصل المقال " وفي " الكشف عن مناهج الأدلة "، فإنه رفض قياس الغائب على الشاهد في " الفصل " كما رأينا أعلاه . . . كما رفضه مرة وقبله أخرى في " الكشف " فلقد رفضه في " الكشف ، عندما ناقش موضوع إثبات صفة الحياة وأنها شرط لازم لصفة العلم لله عز وجل :

فلقد استخدم فيها قياس الغائب على الشاهد ، وذكر أن المتكلمين فعلوا الشيء نفسه ، أي استخدموا قياس الغائب على الشاهد لإثبات صفة الحياة للمولى عز وجل . وعلق ابن رشد على موقف المتكلمين فقال :

" والشرط عند المتكلمين يجب أن ينتقل فيه الحكم من الشاهد إلى

الغائب . . . وما قالوه في ذلك صواب " (٣٦) .

ويستخلص من هنا أنه لا ابن رشد ولا الجويني - برغم مقالته في البرهان - قد رفض قياس الغائب علي الشاهد رفضا تاما ، وأنه إن كان الرفض منصبا على تلك الحالات (١) حيث لا جامع عقلي أصلا (٢) وحيث يكون الجامع العقلي لا محل له وأن الكل أي المتكلمين والفلاسفة قد قبلوا قياس الغائب على الشاهد عندما يكون الجامع العقلي هو الشرط . وتقريبا وضعوا الجمع بالحد والحقيقة ، وتراوحت أطروحاتهم عندما يكون الجامع العقلي هو العلة أو دليل العلة بين الرفض والقبول .

٧- موقف ابن تيمية عن قياس الغائب على الشاهد :

يرى إبن تيمية أن قياس التمثيل يمكن أن يكون يقينيا ، سواء استخدم في الشرعيات (الفقه)أو في العقليات ، وذلك متى كان الوصف الجامع المشترك بين الأصل والفرع (في الشرعيات) أو الشاهد والغائب أمرا مستلزم للحكم في الأصل أو في الشاهد ، فإذا لم يكن مستلزما للحكم لم يكن يقينيا ، وإنما كان ظنيا في الحالتين ، أعني في القياس الأصولي (الفقه) أو في قياس الغائب على الشاهد (العقليات) .

كما يرى ابن تيمية أن قياس التمثيل - في صورتيه (الشرعية والعقلية) هو الأساس في الإستدلال وأن القياس الشمولي (السلوجستي) الذي تكون

---

(٣٦) ابن رشد : " الكشف عن مناهج الأدلة " ، ضمن كتاب " فلسفة ابن رشد " ص ٩٣ .

مقدمته كلية) إنما يعتمد على قياس التمثيل ، فإن كان هذا الأخير يقينيا ، كان القياس الشمولي يقينيا ، وإلا كان ظنيا .

يقول ابن تيمية مبينا أن القضايا الكلية - في القياس الشمولي - إنما تعرف بقياس التمثيل أو قياس الغائب على الشاهد :

" إذا كان لابد في " برهانهم " من قضية كلية ، والعلم بتلك القضية الكلية لابد له من سبب . فإن عرفوها ب " اعتبار الغائب على الشاهد " وأن "حكم الشيء حكم مثله " كما إذ عرفنا أن " هذه النار محرقة " علمنا أن " النار الغائبة محرقة " لأنها مثلها ، وحكم الشيء حكم مثله ..." (٣٧) .

فإذا كانت هذه نار محرقة ، والثانية التي رآها محرقة وهكذا ... إذن فكل نار محرقة " إذن فالمقدمة الكبرى إنما تعرف بالإرتكاز على القياس التمثيلي الذي ينطلق من الشبه بين جزئيين ، وهذا الشبه إنما يدرك بالحدس العقلي مباشرة وبلا استدلال فهو إدراك مباشر ويقيني - في الظروف العادية الطبيعية ، وإنما طرد الحكم من الشبيه إلى شبيهه إنما يعتمد على بديهية عقلية مفادها أن حكم المتساويين في وجه شبه واحد حكم واحد ، فإذا حكمنا على أحد المتساويين بحكم ما ، وجب نقل (أي طرد) ذلك الحكم إلى الثاني .

والذي يشترطه ابن تيمية هنا ، حتى يكون قياس التمثيل قياسا يقينيا ،

---

(٣٧) ابن تيمية الرد على المنطقيين ص ١١٥ .

هو أن يكون الوصف المشترك مستلزم للحكم في الأصل (أي الممثل به) ، لأنه إذا لم يكن مستلزما للحكم لم يلزم طرد الحكم من الأصل إلى الفرع أو من الشاهد إلى الغائب .

وهكذا يعطينا - ابن تيمية حلا منطقيا معقولا لمسألة الإختلاف حول قياس الغائب على الشاهد وقياس التمثيل المنطقي ومدى حجيته . ولطالما اختلف الفلاسفة والفقهاء من علماء الأصول والمتكلمين حول هذه المسألة ، فمنهم من يرى أن قياس التمثيل المنطقي (وقياس الغائب على الشاهد هو قسم خاص منه ، وكذلك القياس الأصولي ، وهو الحالة التطبيقية لقياس التمثيل في الفقهيات) ظني الدلالة (أرسطو - الشافعي - جابر بن حيان) ومنهم من يرى أنه يقينيا الدلالة (الفارابي وابن تيمية) ويمكن أن ينظر إلى موقف ابن تيمية وتلميذه ابن القيم على أنه حل وسط . فهو يرى أن قياس التمثيل مرة يكون يقينا ومرة يكون ظنيا - وأن هذه المسألة تتوقف على طبيعة الجامع العقلي (الحد الأوسط) : فإذا كان مستلزما للحكم في الأصل أو الشاهد ، لزم ووجب طرد الحكم إلى الفرع أو الغائب ، وحينئذ يكون الحكم يقينيا .

ولكن إذا لم يستلزم الجامع العقلي الحكم في الأصل ، كأن يجعله مرجحا أو أكثر احتمالا أو مستلزما في بعض الحالات أو الأوقات ، لم يكن قياس التمثيل أو الغائب على الشاهد يقينيا ، بل كان ظنيا فحسب .

يقول ابن تيمية في ذلك :

" وهؤلاء يزعمون أن ذلك القياس (قياس التمثيل) إنما يفيد الظن ، وقياسهم هو الذي يفيد اليقين " (٣٨) .

ويقول ابن تيمية أن هذا من أفسد الأقوال . ثم يستطرد " وأن قياس التمثيل وقياس الشمول سواء ، وإنما يختلف اليقين والظن بحسب المواد ، فالمادة المعنية إن كانت يقينية في أحدهما كانت يقينية في الآخر ، وإن كانت ظنية في أحدهما كانت ظنية في الآخر " (٣٩) .

ثم يأتي بعد ذلك نص هام جدا ، في المسألة التي نحن بصددها في هذه الدراسة ، وهي مدى حجية قياس التمثيل والأقسام التي تتفرع منه ، خاصة قياس الغائب على الشاهد:

يقول ابن تيمية :

(ولا يكفي في قياس التمثيل إثباته في أحد الجزئيتين لثبوته في الجزئي ل (اشتراكهما في أمر لم يقم دليل على استلزامه للحكم) كما يظن هؤلاء الغالطون . بل لابد من أن يعلم أن (المشترك بينهما مستلزم للحكم) . والمشترك بينما هو (الحد الأوسط) ، وهذا الذي يسميه الفقهاء وأهل أصول الفقه " المطالبة بتأثير الوصف في الحكم ") (٤٠) .

---

(٣٨) ابن تيمية المصدر السابق ص ١١٧ .

(٣٩) ابن تيمية : " الرد على المنطقيين " ص ١١٥ .

(٤٠) ابن تيمية : المصدر السابق ، ص ١١٦ .

ويرى ابن تيمية أن مسألة الوقف على الوصف الجامع أو الجامع العقلي (كما يسميه الجويني) أو المشترك ، (كما يسميه ابن تيمية) ومدى استلزامه للحكم في الأصل أو في الشاهد ، هذا التساؤل :

(هو أعظم سؤال يرد على القياس (بعض قياس التمثيل عموما) . وجوابه هو الذي يحتاج إليه غالبا في تقرير صحة "القياس " ...) (٤١) .

----

(٤١) ابن تيمية : المصدر السابق ، ص ١١٦ .

خاتمـــــــــــة :

وبالوقوف عند آراء ابن تيمية في قياس التمثيل وما يندرج تحته من قياس الغائب على الشاهد ، نكون قد وصلنا إلى فهم محدد لموقف الإسلاميين فلاسفة (الفارابي وابن رشد) ومتكلمين (الجويني والآمدي) وأهل السلف (ابن تيمية)٠ ومن النتائج الهامة التي توصلنا إليها في هذا الصدد :

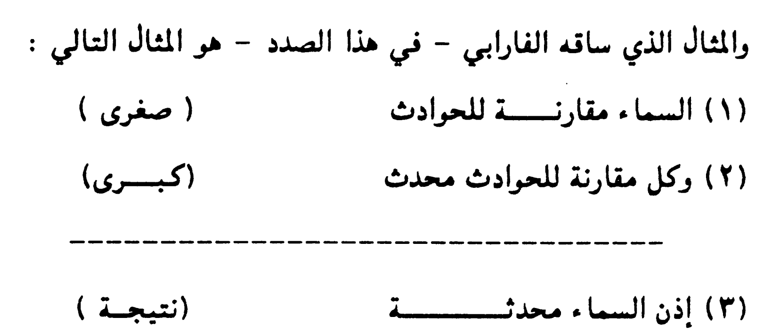
١- إن الإسلاميين ، فلاسفة ومتكلمين وسلفيين ، قد اهتموا كثيرا بقياس التمثيل ، كيف لا وهو يكاد أن يكون عمدة الإستدلال العقلي وقاعدته الأساسية في القرآن والسنة ، وعمل الصحابة ٠٠ بل أصبح فيما بعد الشافعي - المنهجية الأساسية لأصول الفقه - في صيغته التطبيقية - القياس الأصولي ٠ ذلك بينما عالجه أرسطو معالجة مقتضبة في المقالة الثانية من كتاب التحليلات الأولى ٠

٢- إنه بينما ذهب أرسطو إلى أن قياس التمثيل قياس ظني وأنه أقرب في ذلك إلى الإستقراء منه إلى الإستنباط ، كان من رأي الفارابي وابن تيميه أن قياس التمثيل يمكن أن يكون يقينيا :

أما ابن تيمية ، فإنه يعبر عن هذه الفكرة بقوله - أعلاه - أن الوصف المشترك ينبغي أن يستلزم الحكم في الشاهد أو في الممثل به (وذلك بأن يكون علة حقيقية للحكم)، ومن هنا يمكن طرده غائبا ومن الممثل به (الأصل) إلى الممثل (الفرع) بصورة يقينية) ٠

أما الفارابي فقد عبر عن هذه الفكرة بقوله أن الأمر المشترك أو الجامع

ينبغي أن يكون لازما لكل الشاهد في كل آحاده، وأن يكون علة للحكم في هذا الشاهد ، ومن هنا يمكن رده إلى الشكل الأول ، من القياس السلوجستي أو بكلمات أخرى ، يمكن صياغته كقياس من الشكل الأولي .



والمثال الذي ساقه الفارابي - في هذا الصدد - هو المثال التالي :

(١) السماء مقارنة للحوادث (صغرى)

(٢) وكل مقارنة للحوادث محدث (كبرى)

---

(٣) إذن السماء محدثة (نتيجة)

والتمثيل هنا بين أن الحيوان محدث (علم ذلك بالحس)

وهو مقارن للحوادات

وإذن فالسماء محدثة ، لأنها كالحيوان مقارنة للحوادث

إذن فالتشابه هنا بين الحيوان والسماء هو الإشتراك في وصف جامع وهو (المقارنة للحوادث) .يقول الفارابي هنا - بدقة ووضوح يدعوان إلى الإعجاب والغبطة معا ، إن هذا التشابه :

" ليس أي تشابه اتفق ، لكن التشابه بالشيء الذي من جهته وصف الحيوان بالمحدث : وذلك أن يتشابه الحيوان والسماء بأمر يصرح (به) الحكم بالحدوث على جميع ذلك الأمر . مثل المقارنة للحوادث مثلا . فإن الحيوان ، متى علم بالحس أنه محدث ، وكان مشابها للسماء في مقارنة للحوادث له ، وكان

الحكم بالحدوث يصح على (كل) مقارن للحوادث أنه محدث وكانت السماء تقارن الحوادث " .

ويزيد الفارابي الأمر وضوحا ، فيقول ان الحدوث في الحيوان ينبغي أن يكون محصورا في هذا الوصف ، وليس في وصف آخر ، أو أمر آخر قد لا يكون جامعا مشتركا بين الحيوان والسماء ، لأنه في هذه الحالة فإن الحكم لا يطرد من الحيوان إلى السماء .. بمعنى آخر ، ينبغي أن يكون الجامع المشترك (وهو هنا المقارنة للحوادث) هو العلة الوحيدة والحقيقية للحدوث ، وبما أن هذا هو الجامع فعلا بين الحيوان والسماء ، فإن الحكم يطرد ضرورة منطقية ، ومن هنا أمكن التعبير عن هذا الإستدلال (أو قياس الغائب على الشاهد) في صورة قياس سلوجستي من الشكل الأول .

وهذا الموقف عند الفارابي هو نفس الموقف الذي إتخذه ابن تيمية فيما بعد، ولا فرق بين موقف الرجلين ، في هذا الصدد !

أما أرسطو ، فإن المثال الذي استخدمه - في المقالة الثانية من التحليلات الأولى - فهو المثال التالي :

- قتال أهل ثيبا لأهل فوقيا مذموم
- وهذا قتال المتتاخمين (الجيران)
- إذن نقتال المتتاخمين مذموم
- وقتال أثينا لأهل ثيبا هو أيضا قتال المتتاخمين

- إذن فقتال أهل أثينا لأهل ثيبا مذموم

وباختصار : قتال أهل أثينا لأهل ثيبا هو :
كقتال أهل ثيبا لأهل فوقيا - والأخير مذموم
إذن فالأول مذموم

وظاهر هذا التمثيل الذي يسوقه أرسطو هنا ليس يقينيا ، لأنه لا يلبي الشرط الذي وضعه الفارابي وصادف هوى من ابن تيمية - فيما بعد ، فإن الوصف الجامع لا يستلزم الحكم استلزاما ضروريا ، فإن المتاخمة ليست دائما السبب في ذم القتال ، فقد يكون القتال مذموما - لا بسبب المتاخمة فقط وإنما لسبب آخر - هو مثلا عدم مشروعية هذا القتال ، أو أنه اعتداء صرف ... وهكذا فإن هذا الوصف الجامع لا يستلزم الحكم في الشاهد (قتال أهل ثيبا وأهل فوقيا) ولا ينبغي طرده في الغائب (قتال أهل أثينا وأهل ثيبا) .

ولذلك فإننا نجد أن أبا الوليد ابن رشد (٤٢) ، عندما يعرض بالشرح للبرهان بالمثال - كما جاء عند أرسطو في المقالة الثانية من التحليلات الأولى - نجده ينحرف بالشرح نحو المعلم الثاني - الفارابي - وذلك من وجهين :

---

(٤٢) ابن رشد تلخيص كتاب القياس ص ٣٦٧ تحقيق د. محمود قاسم الهيئة المصرية العامة للكتاب - القاهرة ١٩٨٣م .

(١) الوجه الأول:

أنه يأتي بمثل من البيئة العربية ، ويعرض عن المثال الأرسطي (أهل أثينا وأهل ثيبا) .

(٢) الوجه الثاني:

أنه يرد هذا البرهان بالمثال (أي التمثيل وقياس الغائب على الشاهد) إلى قياس من الشكل الأول - تماما كما فعل الفارابي ، وهذا يعني أنه يرى ، ضمنيا في هذه الحالة ، أن قياس التمثيل يكون يقيني الدلالة ، وإن كانت هنالك حالات أخرى يكون فيها هذا القياس ظني الدلالة - وذلك عندما لا يكون الوصف الجامع مستلزما للحكم .

يقول ابن رشد في مثاله :

قتل عمر رضي الله عنه جور

وقتل عمر هو قتل الخلفاء

وقتل الخلفاء جور

إذن فقتل عثمان جور

أي قتل عثمان - مثل قتل عمر - جور

ويمكن صياغة هذا القياس التمثيلي - على صورة قياس سلوجستي من الشكل الأول ، كالآتي :

قتل عثمان هو قتل الخلفاء (الصغرى)

وقتل الخلفـــــاء جــــور   (الكبـــرى)

<u>إذن فقتل عثمان جـــــور</u>

سبحانك اللهم وبحمدك أشهد أن لا إله إلا أنت ، أستغفرك وأتوب إليك ، وأصلي وأسلم على المبعوث رحمة للعالمين محمد صلى الله على وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

" التعاقد على العين الغائبة "
في
ضوء قانون المعاملات المدنية الاماراتي
وأحكام الفقه الاسلامي
دراسة - مقارنة

بقلم

الدكتور جاسم علي سالم *

---

* مدرس قانون المعاملات المدنية بالكلية ومساعد العميد لشئون البحث العلمي له العديد من البحوث و المقالات القانونية .

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

١ - لعله يتبادر إلى الذهن من قراءة العنوان الذي اخترناه لهذا البحث أن الأمر يتعلق بالعقود التي يكون المعقود عليه فيها عيناً معينة بذاتها تكون غائبة عن مجلس العقد. غير أن المقصود بالعين الغائبة في هذا المجال معنى أوسع من هذا المعنى اللغوي . فليس المقصود بالغياب هو مجرد الغياب المادي عن مجلس العقد ، وإنما المقصود به هو غياب العين عن حواس المتعاقد . وهو من ثم يشمل العين غير الموجودة في مجلس العقد ، كما يشمل العين الموجودة في مجلس العقد ولكن على نحو أو هيئة تحول دون اتصال حواس المتعاقد به مما يمكن تسميته بالغياب الحكمي ، كما إذا كان المعقود عليه موجوداً في مجلس العقد داخل صندوق مغلق مثلاً بحيث لايستطيع المتعاقد رؤيته .

٢ - والتعاقد على العين الغائبة بهذا المعنى يأخذ أهمية خاصة في قانون الامارات ، مثله في ذلك مثل غيره من القوانين المأخوذة عن الفقه الاسلامي ، أو المتأثرة بأفكاره وصناعته الفقهية ، خلافاً للقوانين التي التزمت صياغة الفقه الغربي.

فمن المعروف في الفقه الغربي أنه يكفي لصحة العقد -ومن ثم لزومه-[١] . أن يكون المعقود عليه معيناً أو قابلاً للتعيين . وفي هذا الفقه يكفي لتحقق التعيين المطلوب ذكر الأوصاف التي تميز المعقود عليه عن غيره إذا ماتعلق الأمر بشيء

(١) نلاحظ في هذا الصدد أن الفقه الغربي لايفرق بين الصحة واللزوم وأن العقد الصحيح يكون في الحقيقة لازماً مالم تقتضي طبيعته غير ذلك كما هو الحال في الوكالة مثلاً ، أو ينص على حق أحد الطرفين في إنهائه بإرادته المنفردة كما هو الحال في عقد الإيجار وعقد العمل مثلاً .

قيمي ، أو ذكر جنسه ونوعه ومقداره إذا تعلق الأمر بشيء مثلي [1] .

أما في الفقه الاسلامي ، فالأمر ليس بهذه البساطة : فالفقه الاسلامي ينفر من الغرر ويتتبعه في مظانه المختلفة . ومن ثم فتعيين المعقود عليه فيه يندرج في معنى أكثر اتساعاً وأقل تحديداً في الوقت نفسه هو معنى العلم بالمبيع علماً كافياً نافياً للجهالة الفاحشة .

وهذا الفقه من ناحية أخرى يميز بين نوعين من الشروط المتطلبة لترتيب حكم العقد ومن ثم توكيد مايناط به إقامته من حقوق والتزامات : شروط الصحة وشروط اللزوم. وهذا مافتح باباً للخلاف حول حكم العقد الوارد على عين غائبة : هل هو البطلان أم هو مجرد عدم اللزوم ؟

٣ - ويزداد الوضع تعقيداً في قانون كقانون المعاملات المدنية الاماراتي يحاول التوفيق في صياغته بين صناعة الفقه الاسلامي وصناعة الفقه الغربي ، فهذا القانون يتطلب في المادة ٢٠٣ منه أن يكون محل العقد إذا ماكان عقد معاوضة مالية " معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت العقد أو بيان أوصافه المميزة له ... " ، ويضيف النص ذاته أنه " وإذا لم يعين المحل على النحو المتقدم كان العقد باطلاً " وهذا مايتفق مع صناعة

(١) وبديهي أنه يترتب على صحة العقد التزام المملك بتسليم عين مطابقة للوصف المتفق عليه ، فإذا وجدت العين غير مطابقة للوصف كان للمتملك أن يرفض تسلمها وكان المملك مخلاً بالتزامه ، فتطبق الأحكام المتعلقة بإخلال المدين بالتزامه .

انظر في ذلك د. عبدالرزاق السنهوري مصادر الفقه الاسلامي ج٣ ص ٦٤ - ٦٩ . وكذلك د. عبدالمنعم فرج الصده ، العقد من حيث الصحة والبطلان في الشريعة الاسلامية والقانون ٢١٩ ، بحث مقدم للحلقة الدراسية الرابعة للبحوث في القانون ، الخرطوم من ٥ - ١٠ مارس ١٩٧٢ - الهيئة المصرية العامة للكتاب . كذلك د. صبحي محمصاني النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ص ٣٢٤ ومابعدها .

الفقه الغربي الذي يكتفي بالتعيين ولايتطلب العلم ويجعل جزاء تخلف التعيين البطلان ، ثم يضيف في المادة ٢٢٦ منه الواردة تحت عنوان العقد غير اللازم قوله " يثبت خيار الرؤية في العقود التي تحتمل الفسخ لمن صدر له التصرف ولو لم يشترطه إذا لم يرَ المعقود عليه وكان معيناً بالتعيين " ومن الواضح أن هذه الصياغة هي أقرب إلي صناعة الفقه الاسلامي التي تتطلب العلم بالمبيع وليس مجرد تعيينه، ومعنى ذلك كله أن المشرع الاماراتي يميز بوضوح بين تعيين المعقود عليه بالمفهوم الغربي ويجعل منه شرطاً لصحة العقد ، وبين رؤية المعقود عليه المستمدة من الفقه الاسلامي ويجعل منها شرطاً للزوم العقد لالصحته.

غير أن الباحث لايلبث أن يساوره الشك بمجرد أن يلاحظ أن المقصود بالرؤية في مقام اللزوم معنى واسع ينصرف إلى العلم بالمعقود عليه بالحاسة المناسبة ، وأن المشرع قد جعل من العلم بالمعقود عليه - فيما يبدو - شرط صحة في بعض العقود. ففي عقد البيع مثلاً نصت المادة ٤٩٠ تحت عنوان " تعريف البيع وأركانه"، على أنه " يشترط أن يكون المبيع معلوماً عند المشتري علماً نافياً للجهالة الفاحشة " وهذا مايفهم منه أن شرط العلم بالمبيع لايتميز عن شرط التعيين خلافاً لما يبدو من النصوص السابقة ، وأنه لذلك شرط صحة لاشرط لزوم . ومثل ذلك يمكن أن يقال في شأن المادة ٧٤٧ المتعلقة بعقد الايجار .

لكن إذا صح ماتقدم فكيف يمكن فهم نص المادة ٤٩٢ على أنه " ١ - إذا كان البيع بالأنموذج تكفي فيه رؤيته ويجب أن يكون المبيع مطابقاً له ٢ - فإذا ظهر أن المبيع غير مطابق للأنموذج كان المشتري مخيراً بين قبوله أو رده " ؟ إن التخيير بين القبول والرد ربما يوحي بأننا بصدد عقد غير لازم رغم أن النص وارد في صدد شروط صحة العقد .

٤ - ومما تقدم كله يتضح لنا أهمية البحث ومنهج دراسته . فالبحث يتعلق في الحقيقة بمنطقة بالغة التعقيد في قانون المعاملات الإماراتي ، ويستهدف استجلاء مايكتنفها من غموض ، بما يحققه ذلك من فوائد نظرية وتطبيقية على حد سواء . ومنهج دراسته هو متابعة معطيات الفقه الاسلامي ، من ناحية ، ونصوص قانون المعاملات المدنية ، من ناحية أخرى ، تحديداً لأحكام هذا القانون وضبطها .

وقد رأينا تحقيقاً لمزية الوضوح والتحديد ، أن نعرض عناصر البحث في فصلين نخصص أولهما لبيان أثر غياب العين على العقد من حيث البطلان والصحة واللزوم وعدم اللزوم ، ونخصص الآخر لبيان أثر تحقق الرؤية اللاحقة على العقد ، في ضوء النصوص التي وضعها المشرع لخيار الرؤية انطلاقاً من انحيازه لمبدأ صحة العقد الوارد على العين الغائبة وعدم لزومه .

الفصل الأول
أثر غياب العين على العقد

٥ - يرتبط أثر غياب العين على العقد الوارد عليها في قانون المعاملات المدنية ارتباطاً وثيقاً بالمذهب الحنفي الذي استمدت منه أحكام التعاقد على العين الغائبة . لذلك كان من الضروري البدء بالتعرف على معطيات هذا المذهب في إطار مذاهب الفقه الاسلامي الأخرى .

غير أن تفاصيل موقف قانون المعاملات المدنية تعبر عنها نصوصه المتفرقة والتي قد تبدو لأول وهلة غير واضحة أو غير متجانسة في كثير من الأحيان . لذلك كان من الملائم بيان هذا الموقف على حدة بعد الفراغ من التعرف على موقف الفقه الاسلامي برمته .

المبحث الأول
أثر غياب العين على العقد في مذاهب الفقه الاسلامي

٦ - إن تتبع الفقه الاسلامي يكشف عن وجود مستويين فيه للخلاف حول العقد الوارد على العين الغائبة . المستوى الأول هو مستوى الخلاف حول شواهد بطلان هذا العقد وصحته في الأدلة الشرعية وهذا الخلاف يقسم الفقه الاسلامي في جملته إلى فريقين : فريق ينتصر لمنع العقد وفريق ينتصر لجوازه . والمستوى الثاني هو مستوى الخلاف حول مفهوم الجواز ومداه . وهذا المستوى بدوره يقسم فريق المنتصرين لجواز التعاقد على العين الغائبة إلى فريقين آخرين : فريق يعلق الجواز على العلم بالمبيع ويجعل العقد الجائز صحيحاً لازماً بصفة عامة هو فريق المالكية ومن نحا نحوهم وفريق آخر يطلق الجواز دون قيد اللهم إلا قيد تعيين المعقود عليه ، ويجعل العقد صحيحاً غير لازم ، هو فريق الأحناف ومن نحا نحوهم .

وانطلاقاً من هذه الملاحظات فسوف نتناول أثر غياب العين على العقد في مذاهب **الفقه** الاسلامي في ثلاثة مطالب نتناول في أولهما شواهد المنع وشواهد الجواز في الأدلة الشرعية ، ونتناول في الثاني مفهوم الجواز لدى المالكية ومن نحا نحوهم ، ونتناول في الثالث مفهوم الجواز لدى الأحناف ومن نحا نحوهم . .

المطلب الأول
شواهد المنع وشواهد الاجازة في الأدلة الشرعية

٧ - ذهب الشافعي في مذهبه الجديد إلى عدم جواز بيع العين الغائبة ولو وصفت وصفاً تاماً ، ولو تقدمت رؤيتها [١] .

وهو رواية عن أحمد بن حنبل [٢] . وهو مذهب الشعبي والنخعي والحسن والأوزاعي وإسحاق [٣] .

وذهب جمهور الفقهاء إلى جواز بيع العين الغائبة على التفصيل الذي سيرد ذكره . ومنهم أبوحنيفة ومالك والشافعي في مذهبه القديم وأحمد بن حنبل في رواية وابن حزم والاباضية [٤] .

---

(١) المهذب في فقه الإمام الشافعي لأبي إسحاق ابراهيم بن علي الشيرازي ج١ ص ٢٧٠ - المجموع شرح المهذب للإمام أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي ج٩ ص ٢٧٧ - وكذلك أورد ابن حزم في المحلى قوله : "ومانعلم للشافعي في المنع من بيع الغائبات الموصوفات سلفاً . . فإن قيل : فأين قول الحكم - ورد قولهم بأن الحكم وحماد على هذا المذهب بقوله : " قلنا أنهما لم يمنعا من بيع الغائب إنما منعا من بيع مالم يره المشتري يوم الشراء وقد يراه في أول النهاية وغيب بعد ذلك فلم يشترطا حضوره في حين عقد البيع ، ولايحل أن يقول أحد مالم يقل بالظن الكاذب " المحلي لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الجزء الثامن صفحة ٣٤١ " .

(٢) المغني ويليه الشرح الكبير لابن قدامة المقدسي طبعة ١٩٧٤، الجزء الرابع ، صفحة ٧٠ .

(٣) المغني ويليه الشرح الكبير ، ج ٤ ، ص ٧٠ .

(٤) المبسوط لشمس الأئمة السرخسي ج١٣ ص ٧٠ ومابعدها . بدائع الصنائع للكاساني ج٥ ص ١٦٣ . الهداية شرح بداية المبتدىء للمرغيناني ج٣ ص ٣٢ . تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ج٤ ص ٢٤ . حاشية ابن عابدين الدر المختار ج٤ ص ٥٩٣ مع تفصيل في الرأي في رد المحتار ص ٥٩٣ . =

ومن هذا الرأي عثمان وطلحة وجبير بن مطعم والحسن والشعبي ، وابراهيم النخعي وابن شبرمة واسحق ، والأوزاعي وابن هريرة ، والاسفرايني ، ومكحول ، وسفيان الثوري ،وابن سيرين ، وأيوب والعتبري و أبو ثور وابن المنذر [1] .

ونتناول فيما يلي شواهد المانعين والمجوزين في الأدلة الشرعية في فرعين على التوالي :

= والمالكية ... انظر المقدمات الممهدات لابن رشد الجد ج١ ، ٢ ص ٥٥١ . بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد ج٢ ص ١٩٧ . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ محمد عرفة الدسوقي ج٣ ص ٢٤ . الفروق للقرافي ج٣ ص ٢٤٦ .

الشافعي في المذهب القديم . المهذب المرجع السابق ج١ ص ٢٧٠ . والمجموع المرجع السابق ج٩ ص ٢٧٧ ومابعدها .

في المذهب الحنبلي في رواية عن أحمد المغني على الشرح الكبير لابن قدامة المقدسي ج٤ ص ٧٠ ومابعدها . والكافي لابن قدامة المقدسي ج٢ ص ١٢ . أعلام الموقعين ابن قيم الجوزية ج١ ص ٣٥٧ . كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ج٣ ص ٤٩٤ . نظرية العقد ابن تيمية ص٢٢٥، وهو مذهب الظهرية انظر المحلى لابن حزم الظاهري الأندلسي ج٨ ص ٣٤١ . وهو وجه عند الاباضية، انظر كتاب الإيضاح للشيخ عامر بن علي الشماخي طبعة ١٩٨٤ ج ٥ ص ١١٤ ، والنيل للثميني ج٢ ص ٤٨٢ ونظم النيل للسيابي ج٢ ص ١٢ . وهو مذهب الزيدية . التاج المذهب لأحمد العنسي ج٢ ص ٣٩٦ . ضوء النهار لأحمد الجلال ج٣ ص ١٢٦٦ . والغيث المدرار لأحمد بن يحيى المرتضى مخطوط ، الورقة ٣٠ وماأوردته عن الزيدية نقلاً عن الدكتور عبدالله العلفي من رسالته أحكام الخيارات في الشريعة الإسلامية والقانون المدني اليمني سنة ١٩٨٨ جامعة عين شمس ص ٣٥٥ .

(١) المغني ويليه الشرح الكبير المرجع السابق ج٤ ص ٨٤ . والمحلى ج٨ ص ٣٤١ . والسنن الكبرى للبيهقي ج٥ ص ٢٦٨ .

الفرع الأول
شوا هــــد المنع

الأدلة النقلية :

٨ - استدل المانعون على ماذهبوا إليه بحديث (لاتبع ماليس عندك)، وقصة الحديث، أن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال : يارسول الله إن الرجل يطلب منى سلعة ليست عندي فأبيعها منه، ثم أدخل السوق، فأستحدثها فأستجيدها، فأشتريها . فأسلمها إليه،فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "لا تبع ماليس عندك" [١] .

يقول الشافعي : " والمراد ماليس بحاضر مرئياً للمشتري لإجماعنا على أن المشتري إذا كان رآه فالعقد جائز وإن لم يكن حاضراً عند العقد لأنه لم يعرف من المعقود عليه إلا الاسم فلا يجوز البيع كما لو قال بعت منك عبداً ولم يشر إليه ولا إلى مكانه ومعنى هذا الكلام أن جميع أوصاف المعقود عليه مجهولة وطريق معرفتها الرؤية دون الخبر " [٢] .

وقد رد الأحناف على ذلك بأن " ماجاء في الحديث يحتمل أن يكون المراد منه بيع ماليس بمملوك له عن نفسه لابطريق النيابة عن مالكه أو بيع شيء مباح على أن يستولي عليه فيملكه فيسلمه وهذا يوافق ماروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : بيع السمك في الماء غرر ، وعلى هذا الخلاف إذا باع شيئاً لم يره

---

(١) المجموع المرجع السابق ج٩ ص ٣٠١ .

(٢) وهذه العبارة منقولة من كتب الأحناف بمناسبة ردهم على قول الشافعي أنظر بدائع الصنائع للكاساني ج٥ ص ١٦٣ . المبسوط ج١٣ ص ٦٩ . الدر المختار ج٤ ص ٥٩٣ .وانظر من كتب الشافعية في هذا الموضوع المجموع شرح المهذب للنووي ج٩ ص ٢٨٨ - ٢٩١ وكذلك المهذب للشيرازي ج ١ ص ٢٦٣ .

البائع أنه يجوز عندنا وعنده (أي الشافعي) لايجوز "[1] .

(٢) أضاف المانعون أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر ، والغرر مايكون مستور العاقبة ·وذلك موجود فيما لم يره وهو بيع المعدوم الموصوف، كحبل الحبلة وغيره[2] .

ويحلل الكاساني هذا الدليل فيقول : " معدوم الرؤية يوجب تمكن الغرر في البيع ، إذ الغرر هو الخطر وفي هذا البيع خطر من وجوه :

في أصل المعقود عليه ، لأن دليل وجود المعقود عليه إذا كان غائباً والخبر (خبر البائع) · وخبر الواحد يحتمل الصدق والكذب ، فيتردد المعقود عليه ، بأصله بين الوجود والعدم · وفي وصفه على ماتقدم في أصله · وفي وجود التسليم وقت وجوبه ، لأن وقت وجوب التسليم وقت فقد الثمن (في قول الشافعي) وقد يتفق التسليم مع النقد وقد لايتفق · فالغرر من وجه واحد يكفي لفساد العقد · فكيف من وجوه · والنهي عن بيع الغرر ينصرف إلى مالايكون معلوم العين · وقد رد الأحناف هذا الدليل بقولهم : " وقول الشافعي أن جهالة الوصف تفضي إلى المنازعة ممنوع لأنه صدقه في خبره حيث اشراه فالظاهر أنه لايكذبه "·

ودعوى الغرر ممنوعة ، لأن الغرر هو الخطر الذي استوى فيه طرف الوجود والعدم بمنزلة الشك وهنا ترجح جانب الوجود على جانب العدم بالخبر الراجح صدقه على كذبه فلم يكن فيه غرر على أن سلمنا أن الغرر اسم لمطلق الخطر لكن لما قلتم إن كل غرر يفسد العقد ·

---

(١) بدائع الصنائع ج٥ ص ١٦٣ - المبسوط ج٤ ص ٥٩٣ ·

(٢) المهذب ج١ص٢٦٣ · المجموع ج٩ص ٣٠١ ·

وأما الحديث (أي نهى النبي عن بيع الغرر) فيحتمل أن يكون الغرر هو الخطر ويحتمل أن يكون من الغرور فلا يكون حجة مع الاحتمال أو تحمله على الغرر في صلب العقد بالتعليق بشرط أو بالإضافة إلى وقته عملاً بالدلائل كلها " [1] .

وقد أضاف السرخسي في المبسوط " أن جهالة العين كما تمنع البيع تمنع جواز النكاح حتى لو قال زوجتك احدى ابنتي أو زوجتك إحدى أمتيّ لم يصح النكاح . ثم عدم الرؤية لايمنع صحة النكاح ، فعرفنا أنه لايوجب جهالة العين إلا أن في النكاح العقد يلزم لأن لزومه لايعتمد تمام الرضا ولهذا الزم مع اشتراط الخيار والعيب . بخلاف البيع وعليه نقيس العلة أن هذا عقد معاوضة فعدم رؤية المعقود عليه لاتمنع جوازه كالنكاح ولأنه ليس في هذا أكثر من أن ماهو بالعقد مستور بغيره .. يوضحه أن الشافعي لايجوز بيع اللوز الرطب والجوز الرطب في قشرين ويجوز بيع اليابس منها لأنه في قشر واحد وفي الوجهين المقصود وهو اللب دون القشرة وهو مستور بما ليس بمقصود " [2] .

كذلك رد المالكية على قول الشافعية أن بيع الغائب من بيوع الغرر ، فقال ابن رشد الآتي : " وبيع السلعة الغائبة على الصفة خارج مما نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم من بيع الغرر في مذهب مالك وجميع أصحابه ... ، لأن الصفة تقوم مقام رؤية الموصوف ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لاتنعت المرأة للزوج حتى كأنه ينظر إليها ، فشبه رسول الله المبالغة في الصفة بالنظر .

وقال تعالى : (ولما جاءهم كتاب من عند الله مصدقٌ لما معهم ، وكانوا من

---

(١) بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص ٦٣ - ٦٤ وفي ذات المعنى المبسوط ج١٣ ، ص ٦٩ ، قارن المهذب للشيرازي ج١ ص ٢٦٣ .

(٢) المبسوط لشمس الدين السرخسي ج١٣ ص ٧٠ ومابعدها .

قبل يستفتحون على الذين كفروا ، فلما جاءهم ماعرفوا كفروا به فلعنة الله على الكافرين) سورة البقرة آية ٨٩ .

وفي حديث أبي هريرة (لاينظرون إليها ولايخبرون عنها) دليل بين على أن الخبر عنها بمنزلة النظر إليها ، ثم إذا جاز أن يسلم الرجل في ثوب على صفته ولم يكن ذلك غرراً جاز أن يبتاعه على الصفة ، ولايكون ذلك غرراً إذ لافرق بين الموضعين " [(١)] .

الأدلة العقلية :

٩ - ذهب الشافعية إلى " أن المقصود (في بيع العين الغائبة) هو المالية ومقدار المالية لايصير معلوماً إلا بالرؤية فالجهل بمقدار المالية قبل الرؤية بمنزلة إنعدام المالية في إفساد العقد ، كبيع الآبق فإن المالية في الآبق قائمة حقيقة ولكن لايتوصل إليه للبعد عن اليد فيجعل ذلك كفوات المالية في المنع من جواز البيع . ولهذا لايجوز بيع الجنين في البطن وبيع اللبن في الضرع ولأن البيع نوعان بيع عين وبيع دين وطريق معرفة المبيع فيما هو دين الوصف يعني المسلم فيه وفي ماهو عين المشاهدة ثم ماهي الطريقة لمعرفة المعقود عليه في بيع الدين وهو الوصف إذا تراخى عن حالة العقد لم يجز العقد . فكذلك ماهو الطريق للمعرفة في بيع العين وهو الرؤية إذا تأخر عن حالة العقد لايجوز العقد " [(٢)] .

---

(١) ابن رشد المقدمات ج٢ ص ٢٢٢٥ - ٢٢٦ . المحلى ج٨ ص ٣٤٠ . د. صديق الضرير في رسالته الغرر وأثره في العقود سنة ١٩٦٧ ص ٣٩٧ و ٣٩٨ .

(٢) المجموع ج٩ ص٣٠١ والمهذب ج١ ص٢٦٣ ، وكما جاءت النصوص في المبسوط طبعة ١٩٨٦ ج١٣ ص٦٨ ومابعدها ، رد المحتار المرجع السابق ص٥٩٣ ، الاختيار لتعليل المحتار عبدالله بن محمود الموصلي طبعة ١٩٧٠ ج٢ ص١٨ ، الهداية في شرح بداية المبتدىء لبرهان الدين المرغيناني ج٣ ص٣٢ ، الدر المختار ج٤ طبعة ١٩٦٦ ص٥٩٣ ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين الكاساني طبعة ١٩٨٢ ج٥ ص ١٦٣ ، تبيين الحقائق في شرح الدقائق للزيلعي ج٤ ص ٢٤ .

وقد أضاف الشافعية بأن بيع الغائب نوع من المبيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم [(١)] .

وقد رد الحنفية على ذلك كله بأن " بيع الآبق إنما لايجوز للعجز عن التسليم لا لعدم المالية ولهذا جوزنا هبته من ابنه الصغير وبيعه ممن في يده . وأن بيع الغائب هنا بخلاف السلم لأن جهالة الوصف في السلم تفضي إلى المنازعة المانعة من التسليم ولأن العقد يرد على الأوصاف في باب السلم فإن الدين وصف في الذمة والبدل بقابليتها فإذا لم يذكر عند العقد لم يجز العقد لانعدام المعقود عليه " [(٢)] .

الفرع الثاني
شـــواهد الجـــواز

الأدلة النقلية :

١٠ - (١) قوله تعالى " وأحل الله البيع " [(٣)] . وقوله تعالى " ياأيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم " [(٤)] .

---

(١) المهذب ج١ ص ٢٦٣ .

(٢) المبسوط ج١٣ ص ٧٠ و ٧١ .وكذلك تبيين الحقائق ج٤ ص ٢٤ والدر المختار ج ٤ ص ٥٩٣.

(٣) سورة البقرة آية ٢٧٥ .

(٤) سورة النساء آية ٢٩ .

فهذا نص عام تحل به جميع البيوع التي يتراضى عليها المتبايعان إلا بيعاً منعه كتاب أو سنة أو إجماع وليس في هذه مايمنع بيع الغائب [1] .

(٢) ماروي عن الرسول عليه الصلاة والسلام قوله : " ومن اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه " [2] .

وقال المنكرون أن من يرويه عنهم هو عمير بن ابراهيم الكردي وهو متروك الحديث ويحتمل أنه بالخيار بين العقد عليه وتركه [3] .

وقد ذكره مكحول في روايته مرسلاً عن النبي صلى الله عليه وسلم بلفظه وزيادة : " إن شاء أخذه ، وإن شاء تركه " . وأخرجه الدارقطني والبيهقي في سننه وابن أبي شعيبة في مصنفه [4] .

(٣) ماروي أن عثمان بن عفان رضي الله عنه باع أرضاً كانت بالبصرة من طلحة رضي الله عنه فقيل لطلحة إنك قد غبنت فقال الخيار لي لأني اشتريت مالم أره وذكر مثل ذلك لعثمان فقال لي الخيار لأني بعت مالم أره ، فحكّما جبير بن مطعم رضي الله عنه في ذلك فقضى بالخيار لطلحة ، وقد قضى بذلك وسكت جميع

---

(١) المغني ج٤ ص ٧٥ ، المحلى ج٨ ص ٣٤١ ، المجموع ج٩ ص ٣٠١ وقد أورده د . صديق الضرير في بيوع الغررص ٤٠٢ .

(٢) يقول السرخسي : وهو حديث رواه عبدالله بن عباس رضي الله تعالى عنهما والحسن البصري وسلمة بن المجير مرسلاً عن النبي صلى الله عليه وسلم لشهرته ، المبسوط ج١٣ ص ٦٩ .

(٣) المغني ج٤ ص ٧٥ ، المجموع ج٩ ص ٣٠١ .

(٤) نصب الراية ج٤ - ج٩ وهو في سنن الدارقطني ج٣ ص٤ .

الصحابة الحاضرين دون مخالف فكان إجماعاً منهم (١) .

وقد رد على ذلك بردين أحدهما أنه قول صحابي ، وهو في كونه حجة خلاف. وهو لايغارض به حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم في النهي عن بيع الغرر. والآخر هو أن البيع الذي تم بين عثمان وطلحة كان بيعاً على الصفة (٢) .

الأدلة العقلية :

١١ - القياس على عقد النكاح باعتبار أن كلاهما عقد معاوضة فكما لاتفتقر صحة النكاح إلى رؤية المعقود عليه بالاجماع ، لاتفتقر أيضاً صحة البيع . وفي ذلك يقول السرخسي " ... ثم عدم الرؤية لاتمنع صحة النكاح بعرفنا أنه لايوجب جهالة العين إلا أن في النكاح العقد يلزم لأن لزومه لايعتمد تمام الرضا ولهذا لزم مع اشتراط الخيار والعيب بخلاف البيع وعليه نقيس العلة أن هذا عقد معاوضة فعدم رؤية المعقود عليه لاتمنع جوازه كالنكاح ولأنه ليس في هذا أكثر من أن ماهو المقصود بالعقد مستور بغيره " (٣) .

وقد رد على ذلك بأن النكاح لايقصد منه المعاوضة ولايفسد بفساد العوض ولايترك ذكره ولايدخله شيء من الخيارات ، وفي اشتراط الرؤية مشقة عليالمخيرات وإضرار بهن على الصفات التي تعلم بالرؤية ليست هي المقصودة بالنكاح فلا يضر الجهل بها بخلاف البيع (٤) .

---

(١) المبسوط للسرخسي ج١٣ ص ٧١ ، الهداية شرح بداية المبتدىء لبرهان الدين المرغيناني ج٣ ص ٣٢ ، بدائع الصنائع للكاساني ج٥ ص ٢٩٢ ، الاختيار لتعليل المختار لعبدالله الموصلي سنة ١٦٧٩ ج٢ ص ١٨ .

(٢) المغني ص ٧٥ ، المجموع ج٩ ص ٣٠٢ ، د. صديق الضرير المرجع السابق ص ٤٠٣ .

(٣) المبسوط المرجع السابق ص ٧٠ ، المغني لابن قدامة ويليه الشرح الكبير ج٤ ص ٧٥ .

(٤) المغني ج٤ ص٧٥ و ٧٦، المجموع ج٩ ص٣٠٢ .

(٢) القياس على بيع الرمان والجوز واللوز في قشرة الأسفل .

وقد رد المانعون هذا القياس بأن هذه الأشياء يقوم ظهرها مقام باطنها في الرؤية ، وأن في استتار باطنها مصلحة لها بخلاف الغائب [١] .

المطلب الثاني
مفهوم الجواز لدى المالكية ومن نحا نحوهم

١٢ - إن المنبع لأقوال المالكية ومن نحا نحوهم [٢] في رد شواهد منع التعاقد على العين الغائبة وبسط شواهد إجازته ، في الأدلة الشرعية ، يلمس بوضوح تام أن اجازة التعاقد ترتبط بأحد أمور ثلاثة هي وصف العين المعقود عليها ، وسبق رؤية المتعاقد لها قبل التعاقد ، واشتراط خيار الرؤية . فإذا تخلفت هذه الأمور الثلاثة ، فإن العقد يكون باطلاً . وإذا تحقق الأول أو الثاني فإن العقد يكون صحيحاً ، كما يكون لازماً ولايبطل إلا إذا تبين أن المعقود عليه مخالف للوصف أو أنه تغير بعد الرؤية المتقدمة وقبل التعاقد . وإذا تحقق الثالث وحده - دون الأول والثاني - فإن العقد يكون صحيحاً غير لازم . وهذا مانتناوله في فروع ثلاثة تبحث فيها البيع على الصفة ، ثم البيع على الرؤية السابقة ثم البيع مع اشتراط خيارالرؤية [٣] .

---

(١) المجموع ج٩ ص٣٠٢ كذلك د . صديق الضرير الغرر وأثره بالعقود المرجع السابق ص٤٠٣ .

(٢) انظر من ذكرنا في صفحة ١٤ هامش رقم ٣ ، ٤ ، ٥ .

(٣) ويلاحظ أن الفقهاء كثيراً مايتوسعون في إطلاق لفظ البطلان بحيث يشمل معنى الفسخ وهذا مايمكن أن ينطبق على هذه الحالة .

الفرع الأول
البيع على الصفة
أولاً : ماهيــة الوصــف

المقصود بالوصف:

١٣ - من المعلوم أن الفقـه الغـربي يكتـفي لصحـة العـقـود بتـعـيين المحل ويختلف سبيل التعيين في هذا الفقه باختلاف ماإذا كان المحل من القيميات أو من المثليات . فالقيـميات تتـعين ببيـان صفـاتها التي تمكن من تميـيزها عن غيـرها . والمثليات تتعين ببيان جنسها ونوعها وصنفها ومقدارها . لكن يبقى بعد ذلك أن تعيين المثلي على هذا النحو يمكن المتعاقد في الوقت نفسه من العلم به علماً كاملاً نافياً للجهالة ، على نحو ينتفى معه الغرر ، أو في الأقل الفاحش منه . أما تعيين القيـميـات فلا يوصل في الحقيـقة إلا إلى تمييـز المعقود عليه عن غيره من أفراد جنسه ، ولايمكن المتعـاقد من العلم الكامل به ، بحيث يظل هناك دائماً مجال لأن يجده المتعاقد على غير الهيئة أو الصفة التي تصوره عليها . وفي هذه الحالة يظل العقد صحيحاً باعتبار توافر الشروط المتطلبة في محله ، ولا يبقى للمتعاقد سوى أن يطالب بإبطال العقد للغلط إن أثبت تخلف صفة جوهرية في المعقود عليه كأن يعتقد توافرها فيه واتصال المتعاقد الآخر بهذا الاعتقاد .

وفي ظل هذه الحقيـقة يحق لنا أن نتسـاءل عن حقيـقة الوصف المطلوب عند من يجيـزون التـعـاقد على العين الغـائبة بطريق الوصف في الفقـه الاسلامي . هل هو مجرد الوصف اللازم لتعيين المعقـود عليـه كـما هو الحال في الفقه الغـربي ؟ أم هو الوصف الكامل الذي يتحقق به علم المتعـاقد بالمعقود عليه علماً كاملاً تنتفي به الجهالة الفاحشة ويندفع به الغرر المفسد للعقد ؟

الواقع أنه رغم اختلاف عبارات الفقهاء وتباينها في هذا الخصوص إلا أنها تكشف في النهاية عن أن المقصود هو الوصف الكامل الذي يُمكِّن المتعاقد من التعرف على حقيقة المعقود عليه والتأكد من صلاحيته لتحقيق الغرض الذي يعده له، على نحو تزول معه الجهالة عنه ويندفع الغرر .

من ذلك مثلاً ماجاء في الفروق : " قال ابن عرفة يشترط في لزوم بيع الغائب وصفه بما يختلف الأغراض فيه لأنه المعتبر في السلم المقيس هذا عليه " [(١)] فالتركيز كما ترى في هذه العبارة على أمرين أحدهما هو الأوصاف التي تمكن المتعاقد من التعرف على الغرض أو الأغراض التي يصلح لها المعقود عليه .
والآخر هو القياس على السلم ، الذي يرد على مثلي ، ويكون تعيينه بالجنس والنوع والمقدار محققاً للعلم به علماً كاملاً زيادة على تعيينه .

ومن ذلك قول ابن رشد الحفيد : " وينبغي أن تعلم أن التقدير في السلم يكون بالوزن فيما يمكن فيه الوزن وبالكيل فيما يمكن الكيل وبالذرع فيما يمكن فيه الذررع وبالعدد فيما يمكن فيه العدد وإن لم تمكن فيه أحد هذه التقديرات انضبط بالصفات المقصودة في الجنس من ذكر الجنس إن كان أنواعاً مختلفة أو مع تركه إن كان نوعاً واحداً " [(٢)] .

وعند الحنابلة إذا وصف المبيع للمشتري فذكر له من صفاته مايكفي في صحة

(١) الفروق ، الفرق السابع والثمانون بعد المائة ، قاعدة مايجوز بيعه على الصفة وبين قاعدة مالا يجوز بيعه على الصفة ص ٢٤٥ .

(٢) بداية المجتهد ، ج٢ ، ص ١٩٧، والشافعية في هذه الشروط لهم عدة آراء أحدها كالذي ذكرناه عند المالكية والثاني ذكر جميع صفات المبيع كالمسلم منه والثالث لاشتراط ذكر شيء من الصفات مطلقاً . ولابد من العلم بالجنس والنوع في جميع الحالات . وإلا كان البيع باطلاً باتفاق انظر المهذب ج١ ص ٢٧٠ .

السلم صح بيعه في ظاهر المذهب وقيل هو قول أكثر أهل العلم .

وإذا كان أحمد قد ذهب في قول له إلى أنه لايصح حتى يراه لأن الصفة لاتحصل بها معرفة المبيع فلم يصح البيع بها كالذي لايصح السلم فيه ، فقد رد عليه ابن قدامة صاحب المغني بأنه بيع بالصفة فصح كالسلم ولايسلم بأنه لاتحصل به معرفة المبيع فإنها تحصل بالصفات الظاهرة التي يختلف بها الثمن ظاهراً وهذا يكفي بدليل أنه يكفي في السلم وأنه لايعتبر في الرؤية الاطلاع على الصفات الخفية [1].

الواصف:

١٤ - ويؤكد هذا المعنى السابق للوصف المقصود ماأثاره الفقه من نقاش حول ما إذا كان الوصف من قبل المتعاقد المملك أو من قبل أجنبي عن العقد .

فقد اشترط بعض المالكية أن يكون الواصف للمبيع غير بائعه وقد برره من شرطه بأنه لايجوز أن يباع الشيء بوصف بائعه لأنه لايوثق بوصفه إذ يقصد الزيادة في الصفة لتنفقسلعته ، إلا أن ابن رشد واللخمي وكذلك صاحب الفروق على عدم التفريق بين الذي يوصف الغائب بائعه أم غيره [2] .

---

(١) المغني و الشرح الكبير لابن قدامة ، ج٤ ، ص ٨٢ و٨٣ .

(٢) الشرح الصغير على أقرب المسالك لأحمد الدردير وبهامشه حاشية الصاوي ، ج٣ ، ص ٢ ، كذلك تهذيب الفروق ، ج٣ ، ص ٢٤٥ ، وقد جاء في الفرق السابع والثمانون والمائة من قاعدة مايجوز بيعه على الصفة وقاعدة مالايجوز بيعه على الصفة . مع ذكره لصحة بيع العين الغائبة يقول : " وان اشتراط أن يكون الواصف له غير بائعه ضعيف فقد قال عبق والرهوني في جملة قوله أو وصفه غير بائعه هو مصدر مجرور بالعطف على المصدر قبله فهو مدخول للنفي أي وجاز بيع غائب ولو بلاوصفه غير بائعه بأن وصفه بائعه "

ونحن مع عدم التفريق حيث أن المنطق يوجبه ، إذ أن الوصف في الجانبين يؤدي إلى العلم النافي للجهالة ، فإن جاء المبيع على الوصف فإن العقد لازم ولا مشكلة هنا . أما إذا جاء على خلاف الوصف كان له الخيار .

وقد عرض ابن حزم لهذا الشرط في كتابه المحلى بقوله : " ويجوز ابتياع المرء ماوصفه له البائع صدقه أو لم يصدقه ، ويجوز بيع المرء ماوصفه له المشتري صدقه أو لم يصدقه ، فإن وجد المبيع بتلك الصفة فالبيع لازم وإن وجد بخلافها فالبيع باطل ولا بد . ويقول ولايمكن أصلاً وقوع التراضي على مالايدري قدره ولاصفته وإنما فرقنا بين صفة البائع للمشتري أو المشتري للبائع صدق أحدهما الآخر أو لم يصدقه فأجزنا البيع بذلك وبين صفة غيرهما فلم يجزه إلا ممن يصدقه الموصوف له لأن صفة البائع للمشتري أو صفة المشتري للبائع عليها وقع البيع وبها تراضيا . فإن وجد المبيع كذلك علمنا أن البيع وقع صحيحاً على حق وعلى مايصح به التراضي وإلا فلا ، وأما إذا وصفه لهما غيرهما ، ممن لايصدقه الموصوف له فإن البيع هنا لم يقع على صفة ، أصلاً فوقع العقد على مجهول من أحدهما أو من كليهما وهذا حرام لايحل فإن وصفه من صدقه الموصوف له فالتصديق يوجب العلم فإنما اشترى ماعلم أو باع البائع ماعلم فالعقد صحيح والتراضي صحيح ، فإن وجد المبيع كذلك علم أن البيع انعقد على صحة وإن وجد بخلاف ذلك علم أن البيع لم ينعقد على صحة كما لو وجده قد استحال عما عرفه عليه ولافرق [1] .

فأنت ترى من استعراض هذا الخلاف أن حرص الفقهاء على أن يكون الوصف محققاً للمقصود منه قد دفع البعض بهم إلى منع التعاقد على وصف قدمه بائع العين الغائبة خشية أن يغالي في الوصف فيذكر من الأوصاف ما لايتوافر في

---

(١) ابن حزم ، المحلى ، ج٨ ، ص ٣٤١ و ٣٤٣ و ٣٤٤ .

العين، ترغيباً للمشتري فيها . لكن ابن حزم قد وضع الأمر في نصابه الصحيح عندما لاحظ أن انعقاد العقد على وصف البائع يعني أن البيع قد وقع على هذا الوصف وتحقق التراضي به . أما التعاقد بناء على وصف أجنبي فيختلف أمره . فإن صدقه المشتري ووجد المبيع مطابقاً للوصف كان البيع واقعاً على معلوم وصح لذلك . وإن لم يصدقه أو صدقه ولكن المبيع وجد مخالفاً للوصف كان البيع واقعاً على مجهول ، ومحرماً لذلك .

ثانياً : موانع البيع بطريق الوصف

١٥ - عنى الفقهاء المجيزون للتعاقد على العين الغائبة بوضع الضوابط الكفيلة بحصره في النطاق الذي يكفل تحقيق الوصف لوظيفته في اعلام المتعاقد بالمعقود عليه عند تعذر العلم به بوسيلة أخرى . وقد صاغ الفقهاء هذه الضوابط في ضوء ظروف الزمان الذي عاشوا فيه . وهكذا فقد منعوه في العين البعيدة جداً وفي العين القريبة جداً ، كما منعوه في حالة اشتراط نقد الثمن.

مانـــع البعـــد :

١٦ - فأما عن مانع البعد ، فقد منع الفقهاء بيع العين الغائبة على الصفة إذا ماكانت بعيدة جداً عن مكان العقد وسبب ذلك كما أورده الفقه هو أغلبية الظن بأن بعد المسافة يؤدي إلى تعيب المبيع قبل تسليمه مما يورث عيباً في الموصوف . وقد مثل خليل للبعد بأن يكون المبيع في خراسان فيراد نقله إلى أفريقيا ، ومثل له ابن جزيء بالأندلس وأفريقيا [1] .

---

(١) ابن رشد الحفيد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج٢ ، ص ١٩٧ ، القوانين الفقهية ، ص ١٧٠ ، الفروق للقرافي ، ج٣ ، الفرق السابع والثمانون بعد المائة ، ١٨٧ ، ص ٢٤٥ ، حاشية الدسوقي على الشرح الصغير على أقرب المسالك أحمد الدردير ، ج٢ ، ص ٤٣ ، رسالة د. صديق الضرير ، رسالته ، ص ٤٠٥ ، د. عبدالستار أبو غدة ، الخيار وأثره بالعقود ج٢ ، ص ٥٠٧ .

وقد حصر فقهاء المالكية هذا المانع بحالة بيع الأشياء التي تتغير ، فأجازوا بيع الأشياء البعيدة إذا كانت لاتتغير ، كالأرض مثلاً [1] .

ويتضح من كل ذلك أن الفقهاء قد أوردوا المانع من بيع العين البعيدة على الصفة لعلة هي احتمال تغير المبيع قبل وصوله إلى يد مشتريه نظراً لطول المدة التي يستغرقها وصوله . لكن وضع المسألة قد تغير في هذا الزمان ففي زماننا قد أصبحت المدة اللازمة لنقل الشيء من مكان إلى آخر قصيرة مهما بعد مكانه . وكذلك فقد صار من السهل حفظ الشيء من التغير لوجود الأجهزة والأدوات اللازمة لذلك . وهكذا فقد صار من الممكن الاتفاق على تاريخ يتم وصول المبيع فيه ولو كان ينقل عبر القارات نظراً لوجود وسائل النقل السريع ووجود الأوعية الحافظة من التغير ، الأمر الذي صار معه هذا المانع عديم الفائدة .

مانع القرب :

١٧ - قد تكون العين المعقود عليها موجودة من الناحية المادية في مجلس العقد ، وتعتبر مع ذلك غائبة بالنظر لاستتارها عن المتعاقد . وقد منع الفقهاء بيعها على الصفة في هذه الحالة إذا لم يكن في رؤيتها ضرر . أما إذا كان في رؤيتها ضرر فقد أجازو بيعها على هذا النحو [2] .

ويبدو أن الفقه يأخذ الضرر في هذا المقام بمعنى واسع يشمل الضرر الحاصل للعين ذاتها من جراء كشفها للمتعاقد المتملك ، والمشقة التي يتحملها المتعاقد

---

(١) الشرح الصغير على أقرب المسالك للدردير ، ج٣ ، ص ٤٣ و ٤٤ ، الفروق ،ج٣ ، ص ٢٤٥ و ٢٤٩ في العدد ١٨٩ ، وبداية المجتهد ، ج٢ ، ص ١٩٧ ، ويقول : " يجوز بيع الغائب على الصفة إذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض لصفته " .

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ، ج٣ ، ص ٢٦ ، المقدمات الممهدات ، ج٢ ، ص ٢٧٢ ، القوانين الفقهية ، ص ٢٤٧ ، الشرح الصغير لأحمد الدردير ، ج٣ ، ص ٤٢و٤٣ .

المملك في سبيل هذا الكشف . ومثال الحالة الأولى بيع الثوب الرفيع الذي يضره ترداد نشره على السوام وتقليبهم إياه [1] ، ومثال الحالة الثانية بيع المتاع الكثير مشدوداً في أعداله ، وبيع الساج المدرج في جرابه .

والرأي عندي أن الذي يكون محل الاعتبار هنا هو الشيء المبيع وليس المشقة التي تحصل للبائع . فإذا كان المبيع يتضرر من عرضه طبق هذا المبدأ وأجيز البيع على الصفة ولو كان محل العقد موجوداً . أما إذا لم يكن في عرضه ضرر على الشيء المبيع ذاته ، وإنما كان عرضه يشق على بائعه فلا مجال هنا للجواز إذ من الطبيعي أن يجتهد البائع في عرض بضاعته حتى تقبل منه . لذا نرى أن ابن رشد الحفيد قد فطن إلى هذا الأمر حين عرض هذه المسألة معلناً فيها آراء مالك في قصر الجواز على حالة الاضرار بالمبيع دون حالة المشقة على البائع ، حيث يقول : " ولاخلاف عند مالك أن الصفة تنوب عن المعاينة ، لمكان غيبة المبيع أو لمكان المشقة التي في نشره ، ومايخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه ، ولهذا أجاز البيع على البرنامج على الصفة ، ولم يجز عنده بيع الساج في جرابه ، ولا الثوب المطوي في طيه حتى ينشر أو ينظر إلى مافي جرابها " [2] .

١٨ - وقد اختلف الرأي في العين غير الحاضرة مجلس العقد ولكنها في البلد ، فقال البعض هي كالحاضرة في مجلس العقد لايجوز بيعها على الصفة إذ لاتتعذر رؤيتها . ثم إن إجازة بيعها على الصفة تكون بمثابة عدول عن اليقين إلى توقع الغرر [3] .

---

(١) المقدمات الممهدات ، ج٢ ، ص ٢٧٢ ، الدسوقي على الشرح الكبير ، ج ٣ ص ٢٦ .

(٢) بداية المجتهد ج٢ ص ١٥٢

(٣) الفروق ج٣ ص ٢٤٥ ، المقدمات الممهدات ج٢ ص ٣٢٧ .

وقال البعض الآخر إن بيعها على الصفة جائز ولو كانت في البلد ، ولو لم يكن في إحضارها مشقة لأنها إذا لم تكن حاضرة في موضع العقد فلم يقصد إلى الغرر بشرائها على الصفة ، واشبهت الغائبة عن البلد [(١)] .

١٩ - أما العين الغائبة في بلد آخر - فإذا كان ذلك البلد بعيداً جداً عن موضع العقد فالحكم ماذكرناه سابقاً . وإن لم يكن البلد بعيداً جداً ، فلا خلاف في جواز بيعها على الصفة ، لأن الضرورة تدعو إلى ذلك .

لكن ماهو المقصود بالبلد الآخر ؟ يجيب على ذلك الدسوقي بقوله : " المفهوم من عبارة خليل أنها لابد أن تكون على مسافة يوم ذهاباً ، فإن كانت المسافة أقل من يوم فلا يجوز بيعها على الصفة ، لأنه يعتبر من القرب المانع من صحة البيع على الصفة ، لأن مادون اليوم يمكن رؤيته بلا مشقة والعدول عن الرؤية إلى الوصف غرر ومخاطرة ، فلا يصار إليه إلا لضرورة ، ولاضرورة هنا "[(٢)] .

مانع نقد الثمن :

٢٠ - يشترط لصحة البيع على الصفة ألا يشترط البائع على المشتري دفع الثمن عند العقد ،يدفعه المشتري له بناء على ذلك الشرط [(٣)] .

---

(١) المقدات المهدات ج٢ ص ٥٥٤ وذكر الدسوقي بأنه القول المعتمد ، الدسوقي على الشرح الكبير ج٣ ص ٢٧ وذكر صاحب الفروق قول " ابن عبدالسلام فالأشهر الحوار أي جواز بيع غير حاضر مجلس العقد بالصفة ولو بالبلد وإن لم يكن في إحضاره مشقة عليه لأنه منصوص عليه في المدونة في خمسة مواضع وإنما منعه في كتاب ابن المواز أ هـ وما كان ينبغي له ذلك وقد بين في الترجيح المواضع الخمسة وكلها تفيد ماقالوه إلا الأول منها في كلامه " ، الفروق ج٢ ص ٢٤٥ .

(٢) الدسوقي ، الشرح الكبير ، ج٣ ، ص ٢٦ ، المقدمات ، ج٣ ، ص ٥٥٣ .

(٣) الشرح الكبير ، ج٣ ، ص ٢٤ ، القوانين الفقهية ، ص ١٧٠ ، الشرح الصغير على أقرب المسالك لأحمد الدردير ، ج٣ ، ص ٤٦ د. صديق الضرير ، رسالته الغرر في العقود ، ص ٤١٠ .

وهذا الشرط خاص بالعين غير المأمونة التغير البعيدة الغيبة. والسبب في منع البيع في هذه الحالة هو تردد النقد حينئذٍ بين اعتباره ثمناً للمبيع أو سلفاً ، لأنه إن سلمت العين المبيعة في الأجل وانت على الصفة كان بيعاً ، وإن لم تسلم أو لم تكن على الصفة رد المشتري رأس المال فكان سلفاً ، فلما اجتمع منه هذان الوجهان من الغرر لم يجز سداً للذرائع [1] .

أما إذا كان المبيع عقاراً فيجوز شرط النقد وسواء أكان العقار بعيداً أم قريباً [2] .

ثالثاً: حكم التعاقد على العين الغائبة على الصفة

٢١ - للفقهاء رأيان في حكم العقد على الصفة :

الرأي الأول :أن البيع لازم للمشتري إذاتطابق الوصف مع حقيقة المبيع ، أما إذا تغايرا فله الخيار في إمضاء البيع أو فسخه .وهذا هو مذهب المالكية [3] . وفي حالة بيعه على الصفة وادعى المشتري أنه ليس على الصفة التي تم الاتفاق عليها وادعى البائع أنه على ذات الصفة ولم يوجد الدليل المرجح لأي من طرفي العقد فإن الشك يحمل على عدم بقاء الصفة فيكون القول قول المشتري [4] .

وجاء في الموطأ قال مالك " الأمر عندنا في القوم يشترون السِّلعة البزَ أو

---

(١) د. صديق الضرير رسالته السابق الإشارة إليها ص ٤١٠ - ٣١١ .

(٢) الشرح الصغير على أقرب المسالك لأحمد الدردير، ج٣، ص٤٦، الشرح الكبير ، ج٣، ص٢٦.

(٣) القوانين الفقهية ، ص ١٦٩ و ١٧٠ ، الشرح الكبير ، ج٣ ، ص ٢٤ .

(٤) الدسوقي على الشرح الكبير ، ج٣ ، ص ٢٥ .

الرقيق فيسمع به الرجل ، فيقول لرجل منهم : البزُ الذي اشتريت من فلان قد بلغني صفته وأمره ، فهل لك أن أربحك في نصيبك كذا وكذا ؟ فيقول : نعم فيربحه ويكون شريكاً مكانه ، فإذا نظر إليه رآه قبيحاً واستغلاه .

وقال مالك : ذلك لازم له ، ولاخيار له فيه إذا كان ابتاعه على برنامج وصفة معلومة.

قال مالك في الرجل يقدم له أصناف من البز ويحضره السُّوَّام ، ويقرأ عليهم برنامجه ، ويقول : في كل عدل كذا وكذا ملحَفَةً بصرية ، وكذا وكذا ربطة سابرية، ذرعها كذا وكذا ويسمى لهم أصنافاً من البز بأجناسة ، ويقول : اشتروا مني على هذه الصفة ، فيشترون الأعدال على ماوصف لهم ، ثم يفتحونها ، فيستغلونها ويندمون . قال مالك : ذلك لازم لهم إذا كان موافقاً للبرنامج الذي باعهم عليه .

قال مالك : " وهذا الأمر الذي لم يزل عليه الناس عندنا يجيزونه بينهم ، إذا كان المتاع موافقاً للبرنامج ، ولم يكن مخالفاً له "[١] .

وعلى هذا الوجه رأى الحنابلة حيث ورد عندهم أنه سلم له المعقود عليه بصفاته فلم يكن له الخيار كالمسلم فيه ولأنه مبيع موصوف فلم يكن للعاقد الخيار في جميع الأحوال كالسلم . فأما إن وجده بخلاف الصفة فله الخيار ويسمى خيار الخلف في الصفة . لأنه وجد الموصوف بخلاف الصفة . فلم يلزمه كالسلم - وإن اختلفا - فقال البائع لم تختلف الصفة وقال المشتري قد اختلفت فالقول قول المشتري لأن الأصل براءة ذمته من الثمن فلا يلزمه مالم يقر به أو يثبت أو مايقوم مقامها[٢] .

---

(١) مُوَطأ الإمام مالك ، رواية بن يحيى الليثي ، ص ٤٦٥ و ٤٦٦ ، شرح الزرقاني على مُوَطأ الإمام مالك لمحمد بن عبدالباقي بن يوسف الزرقاني ج٣ ، ص ٤٠٤ و ٤٠٥ .

(٢) المغني على الشرح الكبير لابن قدامة ، ج ٤ ، ص ٨٤ و ٨٥ .

الرأي الثاني : إذا وجد المشتري السلعة الغائبة كما وصفت له ، فالبيع لازم ، فإن وجده بخلاف ذلك بطل البيع بينهما · فإذا رغب المشتري في السلعة فلا بد من إنشاء عقد جديد وليس للمشتري خيار · وحجة هذا الفريق أنه شراء يكون صحيحاً إذا وجد السلعة على نفس الصفة التي اشترى بها · أما إذا وجدها على غير الصفة فلا تكون هي السلعة التي ذكرها في العقد ولايحل الزام البائع إحضار السلعة بالصفة التي باع لأنه باع عيناً معينة لاصفة مضمونة فلا يجوز الزامه إحضار مالم يبع [(١)] ·

الفرع الثاني
بيع العين الغائبة على الرؤية المتقدمة

٢٢ - جوّز المالكية ومن نحا نحوهم بيع العين الغائبة بناء على رؤية متقدمة من المشتري إلا أنه لصحة هذا البيع وضع المالكية شروطاً لابد منها لصحة البيع وسنوضح رأيهم المجوز لبيع العين الغائبة على رؤية متقدمة على النحو التالي :

الشرط الأول : أن لايحدث في المبيع تغير بين الرؤية والعقد :

ألا تتغير العين بعد الرؤية ، أي أن يعلم أو يظن أنه لم يحصل في العين تغير بين الرؤية والعقد ، بمعنى أن لايكون بين الرؤية والعقد أمد بعيد ، فإن كان بينهما أمد بعيد فلا يجوز إلا أن يقول البائع للمشتري أن العين باقية على الصفة التي رأيتها عليها [(٢)] ، وذكر الشافعية بأنه إذا كان مما لايتغير كالعقار وغيره جاز بيعه لأن الرؤية تراد للعلم بالمبيع وقد حصل العلم بالرؤية المتقدمة فعلى هذا إذا اشتراه

(١) المحلى ، ج٨ ، ص ٣٤١و ٣٤٢ ·

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير، ج٣ ص٢٧ · القوانين الفقهية لابن جزيء ، ص ١٦٩ ، الفروق، الفرق السابع والثمانون بعد المائة، ص ٢٤٧ · د· الصديق الضرير، المرجع السابق ص ٤١٤ ·

ثم وجده على الصفة الأولى أخذه وإن وجده ناقصاً فله الرد لأنه ما التزم العقد فيه إلا على تلك الصفة. وقال أبو القاسم الأنماطي من الشافعية لايجوز في قوله الجديد لأن الرؤية شرط في العقد فاعتبر وجودها في حال العقد كالشهادة في النكاح [1] .

ويذهب الحنابلة إلى جواز البيع على الرؤية المتقدمة ولافرق عندهم أن يكون المبيع قد يحتمل التغير من عدمه [2] .

وعند الحنابلة أيضاً إذا رأيا المبيع ثم عقد البيع بعد ذلك بزمن لاتتغير العين فيه ، جاز في قول أكثر أهل العلم .

الشرط الثاني : الا تكون العين بعيدة جداً بحيث يتغير المعقود عليه بين العقد والقبض وهذا إذاً بيع على اللزوم وإما على الخيار فلا يشترط قرب ولاعدم تغير . ولقد بيّنا ذلك في حديثنا عن شروط البيع على الصفة وإن هذا الشرط ضعيف [3] .

---

(١) المهذب في فقه الامام الشافعي ، ج١ ، ص ٢٧١ ، المجموع ، شرح المهذب للشيرازي ، ج٩ ، ص ٢٩٢ .

(٢) المغني لابن قدامة ، ج٣ ، ص ٨٨ . وفي رواية أخرى عن أحمد بأنه لايجوز حتى يرياها عند العقد وحكي ذلك عن الحكم وحماد لأن ما كان شرطاً في صحته يجب أن يكون موجوداً حال العقد . ورد على ذلك ابن قدامة بقوله : أنه معلوم عند البائع والمشتري فأشبه ذلك رؤيتهما له عند العقد . والشرط إنما هو العلم والرؤية طريق للعلم ولهذا اكتفى بالصفة المحصلة للعلم والدليل على ذلك مالو رأيا داراً ووقفا في بيت منها أو أرضاً ووقفا في طريقها وتبايعاها ، صح بخلاف مع عدم المشاهدة للكل في الحال . ولو كانت الرؤية المشروطة للمبيع مشروطة حال العقد لاشترط رؤية جميعه ومتى وجد المبيع بحاله لم يتغير لزم البيع وإن كان ناقصاً ثبت له الخيار (أي خيار العيب) . وإن اختلفا في التغيير فالقول قول المشتري مع يمينه لأنه يلزمه الثمن فلا يلزمه مالم يعترف به .

أما إذا كان عقد البيع بعد رؤية المبيع بمدة يتحقق فيها فساد المبيع لم يصح البيع لأنه مما لايصح بيعه ، وإن لم يتغير فيها لم يصح بيعه لأنه مجهول وكذلك إن كان الظاهر تغيره . فأما إن كان يحتمل التغير ، وعدمه وليس الظاهر تغيره صح بيعه لأن الأصل السلامة ولم يعارضه ظاهر فصح بيعه كما لو كانت الغيبة يسيرة .

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج٣ ، ص ٢٦ و ٢٧، الفروق ، ج٣ ، ص ٢٤٧ .

حكم الخيار في بيع العين الغائبة على الرؤية السابقة:

٢٣ - يكون البيع لازماً إذا ما اشترى شخص عيناً غائبة بناء على رؤية متقدمة، ووجدها كما رآها دون تغيير.

أما إذا وجدها قد تغير حالها فله الخيار في إمضاء البيع أو فسخه [١] وأما عند ابن حزم فإن البيع يبطل إذا لم يجد المشتري المبيع على حاله [٢].

الفرع الثالث
اشتراط خيار الرؤية

٢٤ - آجاز المالكية بيع العين الغائبة من غير صفة ولارؤية متقدمة على المشهور عندهم إذا تحقق شرطان:

الشرط الأول: أن يشترط المشتري لنفسه خيار الرؤية [٣].

الشرط الثاني: ألا يدفع المشتري الثمن للبائع قبل رؤية المبيع وقبوله، لابشرط ولاتطوعاً [٤].

أما إذا لم يشترط المشتري الخيار بأن تم البيع على اللزوم أو سكت المتبايعان

---

(١) القوانين الفقهية، ص ١٧٠، الدسوقي على الشرح الكبير، ج٣، ص ٢٦ ومابعدها، الفروق، ج٣، ص ٢٤٧. وجاء في حاشية الدسوقي جواز البيع على الرؤية المتقدمة " سواء أكان باتاً أو على الخيار ولايشترط فيه أن يكون غائباً بل يجوز بيعه ولو كان حاضراً في مجلس العقد أو بالبلد، ص ٢٦، ج٣، انظر كذلك المغني على الشرح الكبير لابن قدامة، ص٨٤ ومابعدها وابن تيمية، نظرية العقد، ص ٢٢٥ ومابعدها، بدائع الصنائع، ج٥، ص ٢٩٢، المهذب لأبي اسحاق ابراهيم الشيرازي، ج١، ص ٢٧، المجموع شرح المهذب للامام أبي زكريا محي بن شرف النووي، ج٩، ص ٢٩٢

(٢) المحلى ج ٨ ص ٣٤٤.

(٣) د. صديق الضرير، الغرر وأثره في العقود، ص ٤١٦.

(٤) حاشية الدسوقي، ج٣، ص ٣٢

عن شرط الخيار فالبيع فاسد ، وكذلك إذا نقد المشتري الثمن للبائع [1] .

وقد أوضح صاحب تهذيب الفروق أن من المالكية من نفى صحة البيع مع اشتراط الخيار إذا كان المبيع بعيداً جداً ، وناقش هذا النفي ، فقال : " وقد قيل في المذهب يجوز بيع الغائب من غير صفة على شرط خيار الرؤية وقع ذلك في المدونة وأنكره عبدالوهاب وقال : هو مخالف لأصولنا (أهـ) . لكن قال عبق :أو باعه على خياره بالرؤية من غير وصف ولاتقدم رؤية فلا يجوز و و بعد جداً، أنظر الحطاب أهـ

وفي حاشية الرهوني قال الحطاب : بعد نقله كلام ابن عبدالسلام وضيح مانصه، ويفهم من كلامهما أن ذلك مع الصفة ، وأما مع عدم الوصف إذا بيع بالخيار فلا والظاهر أنه كذلك أهـ وتبعه أبوعلي قائلاً مانصه وعليه يدل كلام المقدمات الذي قدمناه أهـ والذي قدمه هو قوله أهـ ، وقال ابن رشد في مقدماته وبيع الغائب على مذهب ابن القاسم جائز مالم يتفاحش بعده أهـ . ولم يزد على هذا شيئاً أهـ. هذا كلام أبي علي بلفظه فانظر كيف يكون كلام المقدمات هذا دليلاً على مازعمه . والظاهر أنه يشترط ذلك أي عدم البعد جداً لأنه إذا كان شرطاً في بيع الخيار الحقيقي مع أنه مجمع على جوازه فكيف بهذا الخيار الذي منعه الشافعي وفيه في المذهب ماقد علمت من ظهور و جه منعه لأنه خروج بالأوضاع الشرعية عن محالها وعبث ، وأفعال العقلاء تصان عنه وقياس ذلك على بيع الحاضر بخيار لهما لايصح .

وإن كان الشيخ محمد البناني أشار إلى صحته بقوله على أن ذلك لايخرجه عن بيع الخيار بمنزلة جعله لهما لوضوح الفرق بينهما ، وذلك أن مسألة الخيار المجعول لهما معاً ليس فيها غرر والتأخير فيها لإمضاء البيع باختيارهما فعلاه لمصلحة

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ، ج٣ ، ص ٢٤ و ٢٥ ، انظر رسالة الغرر للدكتور صديق الضرير ، ص ٤١٦ و ٤١٧ .

التروي وهما حين العقد قادران على بته وإمضائه وما من لحظة تمضي بعد العقد إلا وهما قادران فيها على إبرامه وإمضائه فالتأخير حق لهما لاحق لله فيه بخلاف مسئلتان فهما ممنوعان لحق الله من امضائه حال العقد وبعده إلا إذا حصلت الرؤية فافترقا فتأمله بإنصاف والله أعلم أهـ . فظهر أن ماوقع في المدونة هو المذهب بشرط عدم البعد جداً ولاعبرة بإنكار عبدالوهاب المذكور وأن وصفه بصفاته المقصودة شرط في اللزوم لا في الجواز (١) . وممن جوزه كذلك الشافعية في وجه (٢) ، والحنابلة في رواية (٣) .

وقد أورد الأستاذ الدكتور الصديق الضرير في رسالته استدلال للمالكية هذا نصه : " ويستدل المالكية لصحة البيع من غير صفة ولارؤية سابقة إذا شرط خيار الرؤية ، بأن اشتراط الخيار للمشتري يجعل الغرر الذي في البيع من غير صفة غير مؤثر ، لأنه ينقل البيع من عقد تقصد به المغابنة والمكايسة إلى عقد تقصد به المكارمة ، وعقود المكارمة تصح مع الجهل بالصفة ، بل ومع الجهل بالجنس أيضاً ، كما يقول الباجي وهذا نص عبارته " ووجه ذلك أن المعاوضة إذا كانت على وجه المغابنة والمكايسة لاتصح فيها جهلت صفته وجنسه ، أما إذا كانت علي وجه المكارمة فتصح ولو لم يذكر الجنس والصفة ، فإذا شرط الخيار في بيع العين الغائبة فقد صرح بالمكارمة ، وسلمت جنبة المبتاع من الغرر " (٤)

---

(١) تهذيب الفروق ، ج٣ ، ص ٢٤٦ .

(٢) المهذب ، ج١ ، ص ٢٧٠ و ٢٧١ والمجموع ، ج٩ ، ص ٢٨٩ و ٢٩٠ .

(٣) المغني يليه الشرح الكبير لابن قدامة ، ج٤ ، ص ٧٥ .

(٤) نقل عن رسالة الغرر وأثره في العقود ، ص ٤١٩ ، انظر كذلك المنتقى ، ج٤، ص ٢٨٧ .

المطلب الثالث

مفهوم الجواز لدى الأحناف ومن نحا نحوهم

٢٥ - العقد الوارد على العين الغائبة لدى الأحناف ومن نحا نحوهم ، هو عقد صحيح ولكنه غير لازم يثبت فيه خيار الرؤية . وعدم اللزوم لايمنع من صحة العقد ، بل ومن نفاذه ، انتظاراً لنتيجة استعمال خيار الرؤية . وهذا مانتناوله في فرعين على التوالي :

الفرع الأول

عدم لزوم العقد

ثبوت خيار الرؤية بحكم الشرع دون حاجة لاشتراطه :

٢٦ - إذا تبايع شخصان عيناً غائبة من غير صفة ولارؤية سابقة فإن الأحناف يجعلونه بيع غير لازم بالنسبة للمشتري ويثبت له الخيار عند رؤية العين ، ولو كانت خالية من العيوب فإن شاء أمسك العين وإن شاء ردها . والأمر كذلك لديهم إذا تبايعا عليه على الصفة من غير رؤية وهذا الخيار يثبت للمشتري بحكم الشارع ولا إرادة للمشتري في إثباته فلا يستطيع أن يتنازل عنه قبل رؤية العين . ويوضح الكاساني ذلك بقوله " إن شراء مالم يره المشتري غير لازم لأن عدم الرؤية تمنع تمام الصفقة كما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم ، ولأن جهالة الوصف تؤثر في الرضا فتوجب خللاً فيه واختلال الرضا في البيع يوجب الخيار "[١] .

وفي ذلك يختلف الأحناف عن المالكية من وجهين. الأول أن الخيار لايثبت عند المالكية إلا باشتراطه والاشتراط أمر إرادي وليس حقاً للشارع، فهو يحقق مصلحة

---

(١) بدائع الصنائع ج٥ ص ٢٩٢ .

للمشتري وهو التروي في إمضاء العقد. ولذا فهو شرط نفاذ لالزوم كما هو عند الأحناف [١]. والثاني أن الخيار لايثبت عند المالكية إذا كان البيع على الصفة وجاء المبيع على الصفة التي تم البيع عليها. فإن جاء على خلافها بطل البيع .

وفي مذهب الشافعية وجهان : وجه يثبت للمشتري الخيار سواء شرطه أولم يشترطه - وهم في ذلك يتفقون مع الحنفية. ووجه لايجوز هذا الخيار ويبطل العقد به [٢] .

و الحنابلة عنهم روايتان أشهرهما ثبوت الخيار للمشتري بمقتضى العقد من غير شرط كما يذهب إليه الأحناف [٣] . إلا أنه يختلف عن خيار الشرط من حيث أن خيار الشرط ممتد إلى حين تحقق شرطه ، بينما الاشتراط هنا مرتبط برؤية المبيع .

وقد أوضح ابن تيمية وجهة نظر الحنابلة بقوله : " فمن اشترى مالم يرى على أنه بالخيار إذا رآه ، فلا محذور في هذا البيع أصلاً ، بل الأظهر أنه يصح كما هو أحد الروايتين عن أحمد ، ومذهب أبي حنيفة وغيره . فإن الصحابة كانوا يتبايعون الأعيان الغائبة ، كما ثبت ذلك عنهم في عدة قضايا ، ولم يعرف عن أحد من الصحابة أنه أنكر ذلك ، والنبي صلى الله عليه وسلم " نهى عن بيع الغرر " لما فيه من المخاطرة التي تتضمن أكل المال بالباطل ، وهذا منتف في هذا الموضع ، فإن العقد لم يلزم المشتري ، فإذا رآه فرضيه تم البيع ، وإن لم يرضه فلم يأكل ماله بالباطل ، فليس هذا من أكل المال بالباطل في شيء غايته أن يقال : هو وقف لتوقف لزوم العقدعلى الرؤية ، ولاريب أن وقت لزوم العقد على أمر متأخر جائز ،

---

(١) أنظر الفروق في توضيح ذلك ، ج٣ ، ص ٢٤٦ .

(٢) المهذب ، ج١ ، ص ٢٧٠

(٣) المغني ويليه الشرح الكبير ، ج٤ ، ص ٧٥ ، ونظرية العقد لابن تيمية ، ص ٢٢٥ و ٢٢٦ .

كوقف العقود التي لاتلزم إلا بالقبض على القبض المتأخر، ووقف الوصية على إجازة الورثة ، لاسيما عند من يقول لايلزم إلا بإجازة الورثة بعد الموت " [1] .

اقتصار عدم اللزوم على مايتعين بالتعيين :

٢٧ - يشترط لثبوت خيار الرؤية عند الأحناف أن يكون محل العقد مالاً يتعين بالتعيين ، فلا يجوز إبداله بعد تعيينه .

والمراد بالتعيين أي المعين بالذات فينعقد العقد على عينه لاعلى مثله ، وهو مقابل الدين ، وهو مايعين بالوصف ويثبت ديناً في الذمة [2] . ويقول في ذلك الكاساني " من شرائط ثبوت الخيار أن يكون المبيع مما يتعين بالتعيين ، فإن كان مما لايتعين بالتعيين لايثبت فيه الخيار حتى أنهما لوتبايعا عيناً بعين يثبت الخيار لكل واحد منهما ولوتبايعا ديناً بدين لايثبت الخيار لواحد منهما ولو اشترى عيناً بدين فللمشتري الخيار ولاخيار للبائع [3] . والأصل في ذلك أن المبيع إذا كان مما لايتعين بالتعيين لاينفسخ العقد برده لأنه إذا لم يتعين للعقد لايتعين للفسخ فيبقى العقد ، وقيام العقد يقتضي ثبوت حق المطالبة بمثله فإذا قبض يرده هكذا إلى مالا نهاية له

---

(١) ابن تيمية ، نظرية العقد ، دار المعرفة ، بيروت ، ص ٢٢٥ و ٢٢٦ ، القواعد الفوارقية ، ص ١٢٧ . وهو مذهب الزيدية البحر الزخار ، ج٣ ، ص ٣٢٤ ، ج١ ، ص ٣٥ ، كما جاء في رسالة الغرر للصديق الضرير ، وكذلك أحمد بن يحيى المرتضى الغيث المدرار مخطوط ورقة ٣٠ ، أحمد العنسي ، التاج المذهب ، ج٢ ، ص ٣٩٦ ، أحمد الحلال ، ضوء النهار ، ج٣ ، ص ١٢٦٦ ، محمد بن مهران ، شرح الاتجار ، مخطوط نقلها عنه عبدالله بن عبدالله محمد العلفي في رسالته أحكام الخيارات ، سنة ١٩٨٨ ، ص ٣٥٥ .

وهو وجه لدى الأباضية كتاب الايضاح للشيخ عامر بن علي الشماخي ، ج٥ ، ص ١١٤ و ١١٥ النيل للثمني ، ج٢ ، ص ٤٧٢ ، نظم النيل للسيابي ، ج١٢/٢ .

(٢) الدر المختار ، شرح تنوير الأبصار ، ج٤ ، ص ٥٩٢ .

(٣) الكاساني بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص ٢٩٢ .

فلم يكن الرد مفيداً بخلاف ماإذا كان عيناً ، لأن العقد ينفسخ برده ولأنه يتعين بالعقد فيتعين في الفسخ أيضاً فكان الرد مفيداً ولأن الفسخ إنما يرد على المملوك بالعقد وما لايتعين بالتعيين لايملك بالقبض فلا يرد عليه الفسخ [١] .

٢٨ - وقد قسم الأحناف الأموال التي تعين بالتعيين كالآتي :

١ - الأعيان كقطعة أرض أو دار أو سيارة أو حصان إلى آخر الأعيان المعينة بالذات ويثبت فيها خيار الرؤية .

٢ - المثليات مما يتعين منها بالتعيين . فالمثليات بعضها أعيان وبعضها ديون بحسب تعيين العاقد لها . فإذا عقد على مكيل أو موزون أو عددي معينين ويتعين المثلي بالإشارة إليه أو بالوصف أو مايقوم مقامها [٢] . والذي يجعل العقد ينصب عليها دون أمثالها ولذا فهي حينئذٍ عين ومثبت فيها خيار الرؤية ، أما إذا وصفها بطريقة لم تؤدي إلى أن تقع على معين إلى ماأوصاف لاتعين شخصية بل تبين جنسه ونوعه وحاله فهو حينئذٍ ديناً ثبت في الذمة ، كالمعقود للعين في السلم [٣] . بالرغم من كونها عنده فهي تثبت في الذمة وكذلك الأثمان من النقود كأن يقول بعتك كذا من الأرز ، وبين أوصافه بشكل عام . وكذلك الأثمان من النقود .وقد جاء في الفتاوى الهندية " وشرط ثبوت الخيار أن يكون المبيع مما يتعين بالتعيين فإن كان مما لايتعين بالتعيين لايثبت فيه الخيار كذا في البدائع ، والمكيل والموزون إذا

---

(١) الكاساني بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص ٢٩٥ ، رد المحتار على الدر المختار ، ج٤ ، ص ٥٩٢ ومابعدها ، شرح فتح القدير لابن الهمام ، ج٦ ، ص ٣٤٠ و ٣٤١ .

(٢) المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه الشيخ محمد مصطفى شلبي ١٩٨٥ ، ص ٣٣٧ . د. عبدالرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الإسلامي ، المجلد الأول ، ص ١٥ و د. عبدالستار أبوغدة ، الخيار وأثره في العقود ، ج٢ ، ص ٥٣٥ .

(٣) الشيخ محمد أبوزهرة الملكية ، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، فقرة ٢٣٤ ، ص ٣٩٦ .

كان عيناً فهو بمنزلة سائر الأعيان وكذا التبر من الذهب والفضة من الآواني ولايثبت خيار الرؤية فيما ملك ديناً في الذمة كالسلم والدراهم والدنانير عيناً كان أو ديناً والمكيل والموزون إذا لم يكن معيناً فهو بمنزلة الدراهم والدنانير كذا في فتاوى قاضيخان " [١] .

ولايثبت خيار الرؤية في عقد السلم وسببه أن محل العقد معدوم عند التعاقد ولايثبت إلا في الذمة وأساس تحقق الطلب فيما يتعين بالذات تحقق الرضا برؤية محل العقد ، أما العقود الواردة على دين في الذمة . فإن تحقق الرضا أساسه الوصف فإذا ماتحقق الوصف تحقق الرضا [٢] .

لزوم العقد في حالة الرؤية السابقة :

٢٩ - يشترط لثبوت خيار الرؤية في المعين أن لايكون المتعاقد قد رأى المعقود عليه [٣] . إذ سبب ثبوت خيار الرؤية للعاقد عدم رؤيته محل العقد حين العقد وقبله ولذا ثبت في هذه الحالة بدون اشتراطه سواء وصف المبيع عند العقد عليه أم لم يوصف . لحديث من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه [٤] ، إذ علق الخيار على عدم الرؤية . أما إذا رأى المشترى المبيع عند العقد فلا خيار له لعدم تحقق السبب [٥] .

---

(١) الفتاوى الهندية للنظام وجماعة من علماء الهند ، ج٣ ، ص ٥٨ .

(٢) الشيخ علي الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ، ص ٢٤٣ .

(٣) الأستاذ أبوزهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، ص ٣٩٦ . الشيخ علي الخفيف ، مختصر أحكام المعاملات الشرعية ، ١٦٥٤ ، ص ١٢٧ .

(٤) د. عبدالستار أبوغدة ، الخيار وأثره في العقود ، ج٢ ، ص ٥٣٦ . د. عبدالله العلفي ، أحكام الخيارات في الشريعة الإسلامية والقانون المدني اليمني ، ١٩٨٨ ، ص ٣٢٩ .

(٥) د. عبدالستار أبوغدة ، المرجع السابق ، ص ٥١٩ .

ويقول الكاساني في هذا المعنى " فإن اشتراه وهو يراه فلا خيار له لأن الأصل هو لزوم العقد وإبرامه لأن ركن العقد وجد مطلقاً عند شرط إلا أنا عرفنا ثبوت الخيار شرعا بالنص والنص ورد بالخيار فيما لم يره المشتري للحديث السابق " (١) .

وإذا رآه في وقت سابق على العقد ، ثم اشتراه بعد فترة زمنية ، فإذا كان قد احتفظ بصفاته ودرجة جودته التي رآه عليها فلا خيار له ، ذلك لأن العلم بالأوصاف حاصل له بالرؤية السابقة (٢) ، وإطلاق الحديث السابق يتناول الرؤية عند العقد وقبله .

أما إذا كان لايعلم أن الشيء محل العقد وهو الذي كان قد رآه فيما مضى فيثبت له الخيار لعدم مايوجب الحكم عليه بالرضا (٣) . كما إذا رأى ثوبا فلف في ثوب وبيع فاشتراه وهو لايعلم أنه ذلك الثوب ، - وإذا كان يعلم أن مارآه سابقاً هو الشيء المبيع إلا أنه وجده متغيراً عن الحالة التي كان رآه عليها فله الخيار لأن تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه وكانت رؤيته وعدمها سواء (٤) .

ويثبت خيار الرؤية كذلك إذا رأى شخص مالاً غير قاصد شراءه ثم اشتراه بعد ذلك لأن الرؤية إذا لم تكن بقصد الشراء فلا تستوفي (٥) .

ولقد نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة ٣٣٢ على أنه " من رأى شيئاً

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ، ج٥ ، ص ٢٩٢ .

(٢) فتح القدير ، ج٦ ، ص ٣٥١ . بدائع الصنائع ج٥ ، ص ٢٩٢ .

(٣) فتح القدير ، ج٦ ، ص ٣٥٢ . بدائع الصنائع ج٥ ، ص ٢٩٣ .

(٤) فتح القدير ، المرجع السابق ، ص ٣٥٢ . بدائع الصنائع ج٥ ، ص ٢٩٣ .

(٥) على حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، الكتاب الأول ، البيوع ، ص ٢٧٨ .

بقصد الشراء ثم اشتراه بعد مدة وهو يعلم أنه الشيء الذي رآه لاخيار له إلا أنه إذا وجد ذلك الشيء قد تغير عن الحال الذي رآه فيه كان له الخيار حينئذٍ " .

وإذا اختلف البائع والمشتري ، فقال البائع أن المشتري رأى المبيع قبل الشراء بقصده ، ثم اشتراه ، وقال المشتري لم أره مطلقاً ، فالقول للمشتري مطلقاً مع يمينه [1] . ويقول الكاساني في تبرير ذلك : "لأن عدم الرؤية أصل ، والرؤية عارض فكأن الظاهر شاهد للمشتري فكان القول قوله مع يمينه ولأن البائع بدعوي الرؤية يدعي عليه إلزام العقد والمشتري ينكر فكان القول قوله ولو أراد المشتري الرد فاختلف فقال البائع ليس هذا الذي بعتك وقال المشتري هو ذاك بعينه فالقول قوله أنه بعينه وكذلك هو هذا في خيار الشرط بخلاف خيار العيب" [2] . لأن البائع يدعي أمراً عارضاً وهو العلم بصفته و المشتري ينكره فالقول له [3] .

أما إذا حصل تغيير في المال بعد أن رآه أي اختلفت بعض صفاته أو حدث فيه عيب فالمشتري مخير ولو رآه قبل الشراء لأنه يتغير ذلك المال أصبح بمنزلة مال آخر فيكون المشتري كأن لم يره [4] .

---

(١) على حيدر ، المرجع السابق ، ص ٢٧٩ ، نقلاً عن الملتقى مجمع الأنهر .

(٢) بدائع الصنائع ج٥ المرجع السابق ، ص ٢٩٣ .

(٣) فتح القدير ، ج٦ ، ص ٣٥٢ . إستطراداً في الموضوع يقول ابن الهمام " وكذا لو أراد أن يرده فقال البائع ليس هذا الذي بعتك إياه . وقال المشتري بل هو القول للمشتري سواء كان ذلك في بيع بات أو فيه خيار الشرط أو الرؤية . ولقائل أن يقول : الغالب في البياعات كون المشترين رأوا المبيع فدعوى البائع رؤية المشتري تمسك بالظاهر لأن الغالب هو الظاهر ، والمذهب أن القول لمن يشهد له الظاهر لا لمن يتمسك بالأصل إلا أن لم يعارضه ظاهر ، فالوجه أن يكون القول للبائع في الرؤية ، بخلاف ما إذا كان له خيار العيب فإن القول للبائع في أنه غير المبيع مع يمينه وهذا لأن المشتري في الخيارين ينفسخ العقد بفسخه بلا توقف على رضا الآخر بل على علمه على الخلاف ، وإذا انفسخ يكون الإختلاف بعد ذلك اختلافاً في المقبوض " . فتح القدير ، المرجع السابق .

(٤) على حيدر ، ص ٢٧٨ .

وإذا اختلف العاقدان في ذلك فزعم المشتري أن البيع تغير وأنكر البائع ذلك النظر فإن كانت المدة قصيرة بحيث لايتغير فيها المبيع في الغالب فإن القول للبائع مع اليمين والبيِّنة على المشتري ، وإن كانت طويلة ، بحيث يتغير فيها المبيع في الغالب فالقول للمشتري [1] .

الفرع الثاني
صحة العقد ونفاذه

عدم اللزوم لايمنع من تمام لحكم:

٣٠ - ذهب فريق من الفقه إلى أن خيار الرؤية يمنع تمام الحكم لا لزومه . وصدر الأستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهوري هذا الرأي بقوله " فالخيار الذي يمنع تمام الحكم هو خيار الرؤية ، إذ يثبت الحكم على وجه غير بات ولايكون باتاً إلا بعدم رد المشتري للمبيع بعد رؤيته ، والخيار الذي يمنع لزوم الحكم هو خيار العيب ، إذ يثبت الحكم باتاً غير لازم فيجوز فسخ العقد بالعيب [2] .

وهو يستند في ذلك إلى ماجاء في فتح القدير في قول الكمال ابن الهمام : « باب خيار الرؤية أقدمه على خيار العيب لأنه يمنع تمام الحكم وذلك يمنع لزوم الحكم واللازم بعد التمام » [3] ، وكذلك ماأورده الكساني في قوله " أن شراء مالم يره المشتري غير لازم ، لأن عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة " [4] .

---

(١) علي حيدر ، ص ٢٧٨ .

(٢) د . السنهوري مصادر الحق ج٤ ص ٢٣١ .

(٣) فتح القدير ج٥ ص ١٣٧ .

(٤) البدائع ج٥ ص ٢٦٢ .

ويضيف الأستاذ السنهوري أيضاً بأن خيار الرؤية عند الفقه الاسلامي مرتبة وسطى بين خيار الشرط وخيار العيب ، ذلك أن خيار الشرط كالشرط الواقف يمنع انعقاد الحكم ، وخيار العيب كالشرط الفاسخ يمنع لزوم الحكم . أما خيار الرؤية فلا يمنع انعقاد الحكم فهو فوق الشرط الواقف ، ويمنع تمام الحكم فهو دون الشرط الفاسخ ومن ثم كان مرتبة وسطى بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ "[1] .

إلا أنه يعود فيورد أن خيار الرؤية يمنع لزوم الحكم فيقول " ولما كان العقد غير لازم للمشتري لخيار الرؤية وكان له أن يفسخه ، فإن الفسخ هنا ، كما في خيار الشرط وفي خيار التعيين ، لايتوقف على رضاء أو قضاء . ويكون بالقول وبالفعل، صراحة أو دلالة ، على الوجه الذي أشرنا إليه في الخيارين المتقدمين ، فإذا قال المشتري رددت البيع أو فسخته أو مايجرى هذا المجرى ، بعد الرؤية أو قبلها ، قبل القبض أو بعده ، انفسخ العقد دون حاجة إلى رضاء البائع بالفسخ ودون حاجة إلى رفع الأمر إلى القضاء . ولكن يشترط علم البائع بالفسخ عند أبي حنيفة ومحمد ، ولايشترط هذا العلم عند أبي يوسف . جاء في فتح القدير : " ولايتوقف الفسخ على قضاء ولارضا ، بل بمجرد قوله رددت ينفسخ قبل القبض وبعده ، لكن بشرط علم البائع عند أبي حنيفة ومحمد ، خلافاً لأبي يوسف ، كما هو خلافهم في الفسخ في خيار الشرط "[2] .

إذا سلمنا بهذا الكلام ، فما هو الأثر الذي يرتبه خيار الرؤية ، أي ماقيمة المنع من تمام الحكم ؟ أليس هو عدم لزوم العقد ؟ وعدم اللزوم يؤدي إلى الحق في الفسخ لمن لم يلزمه ، يقول الكاساني : " وأما صفته فهي أن شراء مالم يره المشتري غير

---

(١) مصادر الحق ج٤ ص ٢٨٥ .

(٢) ج٤ ، ص ٢٣٢ ونقلاً عن فتح القدير ج٥ ص ١٤٠ .

لازم لأن عـدم الرؤية تمنع تمام الصـفـقـة " [١] . وأمـا قـول الكمـال ابن الهـمـام الذي أوردناه آنفاً وكذلك مايقوله البابرتي "قُدم خيار الرؤية على خيار العيب لكونه أقوى منه، إذ كان تأثيره في منع تمام البيع وتأثير خيار العيب في منع لزوم الحكم "[٢] .

هب سلمنا بذلك ، فما الأثر المترتب على منع تمام البيع وكيف يتم البيع ؟ لقد درج الفقه على تقسيم العقد إلى صحيح وغير صحيح ونافذ وغير نافذ والعقد اللازم وغير اللازم دون أن يضيفوا أمراً جديداً وهو التام وغير التام [٣] .

فالعقد الذي دخله خيار الرؤية يكون الالتزام فيه بمثابة الالتزام المقترن بشرط فاسخ لأنه يرتب آثار العقد الصحيح من حيث نقل ملكية المبيع إلى المشتري والثمن إلى البائع ، فالالتزام موجود بمعنى أن هناك شروطاً عند تحققها ستؤدي إلى فسخ العقد ، سواء كانت الشروط بوضع العاقد (كخيار الشرط) أو بوضع الشارع (كخيار الرؤية) [٤] .

حق المتعاقد في الفسخ :

نميز هنا بين مرحلة ماقبل رؤية محل العقد ومرحلة مابعد رؤية المحل . ونعرض

---

(١) البدائع ج٥ ص ٢٩٢

(٢) شرح فتح القدير ج٦ ص ٣٣٥ .

(٣) انظر الأستاذ أحمد ابراهيم المعاملات الشرعية ج٣ ص ٩٤ ومايليها - الشيخ محمد أبوزهرة الملكية ونظرية الملكية العقد في الشريعة الاسلامية ص ٣٧٩ ومابعدها - الدكتور محمد يوسف موسى الأموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي سنة ١٩٨٧ ص ٢٤٦ ومابعدها ، د. أحمد فراج حسين الملكية ونظرية العقد الطبعة الأولى ص ٢٠٠ ومابعدها - د. محمد زكي عبدالبر أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي ، المبحث الرابع شروط النفاذ في المبحث الخامس شروط اللزوم .

(٤) انظر د. حسن علي الشاذلي ، نظرية الشرط في الفقه الاسلامي رسالته صفحة ٦٢٨ ومابعدها .

لهاتين المرحلتين فيما يلي :

٣١ - الافتراض أن العقد انعقد صحيحاً قبل رؤية المبيع ، فهنا كما أوضحنا سابقاً للمتصرف إليه حق خيار الرؤية . فمع وجود خيار الرؤية هل الالتزامات المتقابلة تكون نافذة أم تتراخى حتى يستعمل من له حق الخيار حقه ؟

يقول صاحب فتح القدير " إذا قال رضيت (أي بالمعقود عليه) كائناً من كان قبل الرؤية ، ثم رآه له أن يرده لأن ثبوت الخيار معلق في النص بالرؤية حيث قال فهو بالخيار إذا رآه ، والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده والاسقاط لايتحقق قبل الثبوت، وقوله وحق الفسخ .. الخ جواب عن مقدر وهو طلب الفرق بين الفسخ والإجارة قبل الرؤية ، فإنه إذا جاز قبلها لايلزم ، وإذا فسخ قبلها لزم مع استواء نسبة التصرفين في تعليقهما بالشرط في الحديث ولا وجود للمعلق قبل الشرط .

وحاصل الجواب أن المعلق بالشرط هو عدم قبل وجوده إذا لم يكن له سبب غير ذلك الشرط . فإن الشيء قد يثبت بأسباب كثيرة . فالحديث لما علق الخيار بالرؤية ثبت به تعليق كل من الإجازة والفسخ بها ، لأن معنى الخيار له أن يجيز أو أن يفسخ ، ثم لم تثبت الاجازة بسبب آخر فبقى على العدم حتى يثبت سببه وهو الرؤية بخلاف خيار العيب سببه وهو العيب قائم قبل الرؤية ، فإذا قال رضيت قبل الرؤية سقط خياره إذا اطلع عليه لرضاه بالعيب قبل ذلك . وأما الفسخ فثبت له سبب آخر وهو عدم لزوم هذا العقد على المشتري ، وماكان غير لازم عليه له أن يفسخه بالضرورة كالعارية والوديعة وإلا فهو لازم ، وقد فرض غير لازم هذا خُلف " [١] .

وذهب جانب من الفقه الحنفي إلى اعتبار أن العقد قبل الرؤية بات لازم لايجوز

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام ج٦ص ٣٣٧و ٣٣٨، وكذلك شرح السرخسي المبسوط ج١٣ص٧١ .

فسخه ، لأن القدرة للإرادة على الفسخ معلقة على رؤية المعقود عليه كما هو الأمر في الإجازة ، وذلك التعليق قد جاء من جهة الشارع فلا يجوز الخروج عليه [1] .

ويرد الكمال بن الهمام على أصحاب الرأي الأول بالآتي " وقولكم عدم اللزوم سبب آخر قبل الرؤية : قلنا : تمنع تحقق عدم اللزوم بل نقول قبل الرؤية البيع بات فليس له فسخه، فإن الشارع علق إثبات قدرة الفسخ والاجازة التي هي الخيار بالرؤية فقبله يثبت حكم السبب وهو اللزوم إلى غاية الرؤية ثم يرفعه عندها فتثبت قدرة الفسخ والإجازة معاً [2] . إلا أن ظاهر القول عند المالكية أنه عقد غير نافذ [3] . وهو رأي غير مشهور عند أحمد ابن حنبل [4] .

ثبوت الملك للمتملك :

٣٢ - والواضح أن رأيهم بني على مسألة ممن يكون ضمانه إذا عقد البيع ولم يرى المشتري المبيع فرغم صحة العقد إلا أنه متوقف على الرؤية الصحيحة . فإذا هلك قبل الرؤية كان ضمانه على البائع باعتبار أنه لايزال في ملكه .

وهناك رأي آخر في الفقه المالكي بأنه إذا كان المبيع قد هلك في يد البائع

---

(١) فتح القدير الكمال بن الهمام ج٦ ص ٣٣٨ ، بدائع الصنائع للكاساني ج٥ ص ٢٩٢ .

(٢) شرح فتح القدير ج٦ ص ٣٣٨ .

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ج٢ ص ٢٦٩ ، الفروق للقرافي وتهذيب الفروق والقواعد السنية والآراء الفقهية ج٣ ص ٢٧٣ .

(٤) الحافظ بن الفرج عبدالرحمن ابن رجب الحنبلي ويقول في ذلك " الملك في مدى الخيار هل ينتقل إلى المشتري أم لا ؟ في هذه المسألة روايتان عن الإمام أحمد أشهرهما انتقال الملك إلى المشتري بمجرد العقد ، وهي المذهب الذي عليه الأصحاب (والثانية) لاينتقل حتى ينقضي الخيار فعلى هذه يكون الملك للبائع . ومن الأصحاب من حكى أن الملك يخرج من البائع ولايدخل إلى المشتري وهو ضعيف " ص ٣٧٧ .

فهلاكه عليه ، أما إذا كان في يد المشتري (والصورة هنا كمن اشترى وبعث رسولاً ليحمله إليه) فهلك فإن يد المشتري تكون يد أمانه ولايضمن إلا بتعدٍ أو تقصير[1] .

إلا أن رأي الفقه الحنفي [2] وكذلك المشهور عن أحمد [3] ، أن العقد قبل الرؤية رغم عدم لزومه فإنه يرتب جميع آثاره ، كالعقد الذي لايكون فيه خيار ، فيترتب على العقد حكمه وهو انتقال الملك إلى المشتري والثمن إلى البائع ذلك لأن سبب انتقال الملكية هو العقد الصحيح وقد وجد فيترتب عليه حكمه حيث لامانع منه [4] .

ويقول الكاساني في ذلك : " وأما حكمه فحكم المبيع الذي لاخيار فيه وهو ثبوت الحل للمشتري في المبيع وثبوت الملك للبائع في الثمن للحال لأن ركن البيع صدر مطلقاً عن شرط كان ينبغي أن يلزم إلا أنه ثبت الخيار شرعاً لاشرطاً بخلاف البيع بشرط الخيار لأن في الخيار ثبت بنص كلام العاقدين فأثر في الركن بالمنع من

---

(١) ابن رشد الحفيد بداية المجتهد ص ٢٦٩ .ولقد أورد رأيهم حيث يقول : " وأما ممن ضمان المبيع في مدة لخيار ؟ فإنهم اختلفوا في ذلك ، فقال مالك وأصحابه والليث والأوزاعي : مصيبته من البائع ، والمشتري أمين ، وسواء كان الخيار لهما أو لأحدهما ، وقد قيل في المذهب أنه إن كان هلك بيد البائع فلا خلاف في ضمانه إياه ، وإن كان هلك بيد المشتري فالحكم كالحكم في الرهن والعارية أن كان مما يغاب عليه فضمانه منه ، وإن كان مما لايغاب فضمانه من البائع . وقال أبوحنيفة : إن كان شرط الخيار لكليهما أو للبائع وحده فضمانه من البائع والمبيع على ملكه ، أما إن كان شرطه المشتري وحده فقد خرج المبيع عن ملك البائع ولم يدخل ملك المشتري الثمن وبقى معلقاً حتى ينقضي الخيار ، وقد قيل عنه أنه على المشتري الثمن ، وهذا يدل على أنه قد دخل عنده في ملك المشتري ، وللشافعي قولان : أشهرهما أن الضمان من المشتري لأيهما كان الخيار " . بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج٢ ص ٢٦٩ وانظر كذلك المقدمات الممهدات لابن رشد الجد ج١ ، ٢ ص ٥٥٣ .

(٢) المبسوط المرجع السابق ص ٧١ ، الدر المختار ج٤ ص ٥٩٢ .

(٣) القواعد في الفقه الاسلامي لابن رجب الحنبلي ص ٣٧٧ .

(٤) السرخسي المرجع السابق ص ٧١ .

الانعقاد في حق الحكم [1] .

الحق في التسليم :

٣٣ - اعتباراً بأن الالتزام بالتسليم في الفقه الاسلامي يعد متفرعاً من الالتزام بنقل الملكية [2] . إذ هو نتيجة لترتب الملك للمشتري وقد رأينا أن الرأي الغالب في الفقه الحنفي يرى أن ثبوت الملك في المبيع للمشتري والملك في الثمن للبائع بمجرد العقد . وهذا يدعونا للقول إلى أنه حتى يكون أثر ذلك واضحاً لابد من وجوب تسليم محل العقد (المبيع والثمن) ولم يرد في الفقه الحنفي مايخالف ذلك إلا ماأورده الكمال بن الهمام بقوله " ليس للبائع أن يطالب المشتري بالثمن مالم يسقط خيار الرؤية منه "[3] .

ونرى أن هذا القول الذي انفرد به ابن الهمام غير منطقي ، إذ العقد ليس موقوفاً على إجازة المشتري حتى نقول أن لايطالب بالثمن ، إنما العقد غير لازم في حق الأخير . وعدم اللزوم مقصور على استبداد من له هذا الحق في فسخه لا في عدم انفاذ آثاره قبل الفسخ وبالتالي وجب على المشتري دفع الثمن للبائع كما هو له الحق في المطالبة بالمبيع ، وإذا لم يدفع المشتري الثمن كان من حق البائع مطالبته

---

(١) بدائع الصنائع المرجع السابق ص٢٩٢ والدر المختار شرح تنوير الإيضاح المرجع السابق ج٤ ص ٥٩٢ .

(٢) يقول الكساني في ذلك " تسليم البدلين واجب على العاقدين لأن العقد أوجب الملك في البدلين ومعلوم أن الملك ماثبت لعينه وإنما ثبت وسيلة إلى الإنتفاع بالمملوك ولاتتهيأ الانتفاع به إلا بالتسليم فكان إيجاب الملك في البدلين شرعاً إيجاباً لتسليمهما ضرورة ولأن معنى البيع لايحصل إلا بالتسليم والقبض لأنه عقد مبادلة . البدائع ج٥ ص ٢٤٣ .

(٣) فتح القدير المرجع السابق ج٦ ص ٣٣٨ .

به وإذا أوفاه للبائع لايجوز له استرداده أثناء مدة الخيار حتى يفسخ [١] .

هل للمشتري الحق في الشفعة ؟

٣٤ - قد اعتبر بعض الفقه الاسلامي أن لمشتري عقار قام فيه حق خيار الرؤية حق الشفعة في عقار بجانب العقار الأول [٢] .

المبحث الثاني
احكام العقد في قانون الامارات

٣٥ - تبنى القانون الاماراتي الفقه الاسلامي مغلباً رأياً أو أخر منه في كل مسألة من المسائل التي عرض لها . لكنه نص في المادة الأولى من قانون

---

(١) انظر في معنى اللزوم للأستاذ أحمد ابراهيم الالتزامات في الشرع الاسلامي المرجع السابق ص ١٨٣ ، وكذلك د. محمد يوسف موسى الأموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي (المرجع السابق)ص ٤٤٧ وقد ذكر ابن عابدين في حاشيته الآتي : " عد في البحر مما يبطل خيار الرؤية قبض المبيع ونقد الثمن بعد الرؤية " الدر المختار ج٤ ص ٥٩٦ ، والمفهوم المخالف لقوله ونقد الثمن بعد الرؤية أن نقده قبل الرؤية لايعد إسقاطاً للحق في الرؤية كقبض المبيع قبل الرؤية ولايؤدي ذلك للزوم العقد وإن تسليم الثمن قبل الرؤية أمر لازم إلا إذا اتفقا على غير ذلك .

(٢) الدر المختار فقد أورد في حاشيته (فلو اشترى داراً ولم يرها فبيعت دار بجانبها فله أخذ الثانية بالشفعة ولايبطل خياره في الأولى حتى إذا رآها ولم يرضى بها فله ردها بخيار الرؤية) حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٥٩٦ .

وقد قال ابن رجب الحنبلي في قواعده " فأما الأخذ بالشفعة فلا يثبت في مدة الخيار على الروايتين عند أكثر الأصحاب ونص عليه أحمد في رواية حنبل ممن الأصحاب من علل بأن الملك لم يستقر بعد ومنهم من علل بأن الأخذ بالشفعة يسقط حق البائع من الخيار فلذلك لم تجز المطالبة بها في مدته وهو تعليل القاضي في خلافه فعلى هذا لو كان الخيار للمشتري وحده لثبتت الشفعة ، وذكر أبو الخطاب احتمالاً ثبوت الشفعة مطلقاً إذا قلنا بانتقال الملك إلى المشتري " قواعد ابن رجب ص ٣٧٩ .

المعاملات المدنية على أنه " تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها . ولامساغ للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة . فإذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الاسلامية على أن يُراعى تَخير أنسب الحلول من مذهبي الامام مالك والامام أحمد بن حنبل فإذا لم يجد فمذهبي الامام الشافعي والامام أبي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة .. "

والمفهوم من ذلك أن القاضي إذا لم يجد حكم المسألة المعروضة عليه في التقنين فإن عليه البحث في الفقه الاسلامي باعتباره المصدر الاحتياطي الأول ، على أن يبدأ بالبحث عن الحكم المطلوب في الفقه المالكي والحنبلي ، فإذا لم يجد ، بحث عنه في الفقه الشافعي والحنفي . لكن المشرع عندما وضع أحكام الخيارات ومنها خيار الرؤية قد رجح الرأي الذي ذهب إليه الفقه الحنفي على ماذهب إليه المالكية والحنابلة في الظاهر عنهم . وهو ما يبين من منطوق نص المادة ٢٢٦ من قانون المعاملات المدنية حيث يقضي بأنه " يثبت خيار الرؤية في العقود التي تحتمل الفسخ لمن صدر له التصرف ولو لم يشترطه إذا لم ير المعقود عليه وكان معيناً بالتعيين " . وهذا مايؤدي بالضرورة إلى رجوع القاضي إلى الفقه الحنفي ذاته - وقبل الفقهين المالكي والحنبلي - لتفسير أحكام خيار الرؤية ، خلافاً لما قد يفهم من ظاهر نص المادة الأولى . ثم إن الرجوع إلى الفقه الحنفي على هذا النحو لابد أن يكون له أثره في فهم بعض النصوص الأخرى الواردة في قانون المعاملات المدنية في مسائل أخرى تخرج عن مفهوم خيار الرؤية على الرغم من ارتباطها به على نحو أو آخر ، كما هو الحال في أحكام العلم بالمعقود عليه في بعض العقود مثل عقد البيع وعقد الايجار ، وفي أحكام البيع بالأنموذج والبيع على شرط المذاق. وهذا كله ما نتناوله في مطالب ثلاثة نخصص أولهما لتعيين فقه الأحناف في قانون المعاملات ، ونعرض في الثاني لأحكام العلم بالمعقود عليه في هذا لقانون ، ونعرض في الثالث لحكم بعض الصور الخاصة التي وردت في تنظيم عقد البيع في هذا القانون .

المطلب الأول
تقنين فقه الأحناف في قانون المعاملات المدنية الاماراتي

٣٦ - قنن المشرع الاماراتي فقه الأحناف في التعاقد على العين الغائبة عن مجلس العقد ، فجعل العقد غير لازم ، مع بقائه صحيحاً نافذاً . وهذا مانتناوله في فرعين على التوالي ، نخصص أولهما لعدم لزوم العقد ونخصص الآخر لصحته ونفاذه

الفرع الأول
عدم لزوم العقد

ثبوت خيار الرؤية بحكم القانون :

٣٧ - نصت المادة ٢٢٦ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على أنه " يثبت خيار الرؤية في العقود التي تحتمل الفسخ لمن صدر له التصرف ولو لم يشترطه إذا لم ير المعقود عليه وكان معيناً بالتعيين " . وهذا هو ذات النص الذي ورد في القانون المدني الأردني (م ١٨٤) .

والواضح أن المشرع الاماراتي اعتبر خيار الرؤية من الخيارات التي تشوب لزوم العقد مثل خيار الشرط والتعيين والعيب وقد ضمنها تحت مسمى العقد غير اللازم. وهو ماأكدته المادة ٢٢٦ و المادة ٢٢٨ من ذات القانون والتي جاء نصها على أن " خيار الرؤية لايمنع نفاذ العقد وإنما يمنع لزومه بالنسبة لمن شرط له الخيار " وهو مابينته المذكرة الايضاحية لقانون المعاملات المدنية الاماراتي بقولها " والأصل أن

العقد الذي ينعقد صحيحاً نافذاً لايجوز لأحد العاقدين أن يرجع فيه بإرادته المنفردة. وهناك عقود يكون فيها لأحد العاقدين خيار الرجوع ومنها خيار الغلط وخيار الوصف.. وخيار الشرط وخيار التعيين وخيار الرؤية وخيار العيب فإذا ثبت خيار منها لأحد العاقدين استطاع بإرادته المنفردة أن يرجع في العقد.

فإذا كان العقد قابلاً لأن يرجع فيه أحد العاقدين بإرادته وحده دون توقف على رضا العاقد الآخر وإما لأن طبيعته تقتضي ذلك واما لأن فيه خياراً من الخيارات التي أشرنا إليها ، فهذا عقد نافذ غير لازم . هو عقد نافذ لأنه انعقد صحيحاً منتجاً لجميع آثاره ، ثم هو عقد غير لازم لأن أحد العاقدين يستطيع وحده أن يستقل بفسخه فهو غير لازم له " [1].

إلا أن خيار الرؤية إذا كان مثل غيره من الخيارات التي تؤدي إلي عدم لزوم العقد إذا مادخلت عليه ، فإنه وفقاً للفقه الحنفي لايتطلب لثبوته للمتملك الاتفاق عليه في العقد كما هو بالنسبة لخيار الشرط . وإنما يثبت بقوة القانون (بحكم الشرع) دون الحاجة للاتفاق عليه صراحة في العقد ولذا قيل بأنه تفسيراً لارادة الطرفين الضمنية [2].

وقد نصت المادة ٢٢٦ من قانون المعاملات المدنية على أنه " يثبت خيار الرؤية في العقود .... لمن صدر له التصرف ولو لم يشترطه ...." .

وعلقت على ذلك المذكرة الايضاحية لهذا القانون بقولها " وهذا الخيار يثبت بالشرع لابالشرط أي دون حاجة إلى شرط خاص يدرج في العقد بخلاف خيار

---

(١) المذكرة الايضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي والمذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ج١ ، ص ١٩٩ و ٢٠٠ .

(٢) د. حسن الذنون رسالته ، المرجع السابق ، ص ١٢٨.

الشرط وخيار التعيين ... "[1] .

ويفهم مما سبق ذكره أن القانون هنا طبق أحكام خيار الرؤية كما وردت في الفقه الحنفي دون النظر فيما جاء على خلافه في مذهب المالكية ومن نحا نحوهم .

فالمذهب الحنفي يجعل للمتملك خيار الرؤية في جميع الحالات التي ذكرناها بالنسبة للتعاقد على العين الغائبة . بل حتى ولو وصف المملك العين الغائبة للمتملك وجاءت وفقاً لهذا الوصف . إذ يثبت لهذا الأخير الحق في الخيار وله أن يفسخ العقد إن شاء أو أن يمضيه عند الرؤية . فعدم الرؤية في ذاتها يمنع تمام الصفقة ويجعل الخيار للمتملك بحيث يكون العقد غير لازم في حقه [2] .

وإذا رجعنا لنص المادة ٢٢٦ تراه يؤكد المعنى الذي نذهب إليه حيث ينص على أنه " يثبت خيار الرؤية .... ولو لم يشترطه (أي المتملك) إذا لم ير المعقود عليه وكان معيناً بالتعيين " . فهو أورد النص على اطلاقه في حالات بيع العين الغائبة دون أن يخصص حالة بهذا النص دون أخرى ويدخل بذلك ضمنها حالات العين الموصوفة في الذمة بحيث أنه حتى ولو جاءت وفقاً للأوصاف المذكورة فإن حق المتملك في الفسخ أو الامضاء يكون قائماً .

وهذا يقودنا كذلك إلى القول بأن التعاقد على العين الغائبة يكون صحيحاً حتى ولو لم يصاحب هذا النوع من البيوع وصف إذ يكفي فيه كما قلنا بيان جنس المعقود عليه أو الاشارة إليه وهو مايزيل الجهالة الفاحشة دون الجهالة اليسيرة والتي تنتفي

---

(١) المذكرة الايضاحية ص ٢٠٣ .

(٢) القواعد الفقهية ص ١٦٩ و ١٧٠ والشرح الكبير ج٣ ، ص ٢٤ .

بالرؤية الحقيقية [1] .

أساس خيار الرؤية في الفقه المعاصر :

٣٨ - يذهب الفقه المعاصر إلى أن خيار الرؤية أساسه فكرة الغلط ، افتراضاً بأن المشتري لم يجد الشيء الذي اشتراه بعد رؤيته على الحال التي ظنه عليها ، أو بعبارة أخري تخلف مواصفات الشيء التي افترضها فيه ، والتي عول عليها في تحقيق الفرض الذي من أجله اشترى الشيء [2] .

ولذا كان له خيار الرؤية لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : " من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه " .

ويذهب أصحاب هذا الرأي الاستدلال لرأيهم بالقول : " .. ومما يقطع في أن هذا الخيار متصل بالرضاء وأن السبب فيه هو اختلال الإرادة لما شابها من الغلط . وإن شراء مالم يره المشتري غير لازم .. لأن جهالة الوصف تؤثر في الرضا فتوجب خللاً فيه .. واختلال الرضا في البيع يوجب الخيار .... ولأن من الجائز اعتراض لما عسى لايصلح له إذا رآه . فيحتاج إلى التدارك فيثبت الخيار لامكان التدارك عند الندم نظراً له " [3] .

ويرتب الأستاذ السنهوري على ذلك قوله الآتي : " وهنا نجد العاقد - أي المشتري - لم يكشف عن إرادته فلم يعلم بها العاقد الآخر ، ومع ذلك نعتد بالغلط الذي وقع فيه . فالغلط هنا كما نرى غلط فردي لايعلم به العاقد الآخر ولايستطيع

---

(١) انظر في ذلك حاشية ابن عابدين ، ج٤ ، ص ٥٩٣ .

(٢) السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج١ ، ص ١٢٣ - ١٢٤ ، محمد حلمي عيسى ، شرح البيع في القوانين المصرية والفرنسية والشريعة الاسلامية ، ١٩١٦ ، ص ٢٣٦ .

(٣) البدائع ،ج٥ ص ٢٩٢ .

أن يعلم به . وإنما اعتددنا به احتراماً للإرادة الحقيقية للمشتري ، ودون أن نخشى شيئاً على استقرار التعامل ذلك أن الخيار لايثبت إلا في شيء لم يره المشتري ، فما على البائع إذا أراد أن يطمئن إلى لزوم الصفقة إلا أن يمكن المشتري من رؤية المبيع قبل التعاقد ، أما ولم يفعل فذلك تسليم منه بالخيار ولاوجه بعد ذلك للقول بأن البائع يفاجأ بدعوى الغلط ، إذا اختار المشتري رد المبيع بعد رؤيته .

ونحن لم نفترض فحسب أن المشتري يرد المبيع بعد رؤيته بسبب الغلط ، بل افترضنا أيضاً أن هذا الغلط ثابت إذا صدقنا المشتري بدعواه دون أن نلزمه بإقامة البينة " [1] .

٣٩ - إلا أننا إذا قلنا بذات الرأي في قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات لأدى ذلك إلى اعتبار أحكام خيار الرؤية لغواً على اعتبار أن قواعد أحكام الغلط في العقود تغطي هذه المسألة إذ نصت المادة ١٩٥ من قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات على أن " للمتعاقد فسخ العقد إذا وقع منه غلط في أمر مرغوب كصفة في المحل أو ذات المتعاقد الآخر أو صفة فيه " وبيانه أن الغلط الواقع في وصف مرغوب فيه يتحقق عندما يبين أن المعقود عليه من جنس ماأراده المتعاقد لكن لايتوافر فيه الوصف المرغوب فيه . وهذا النوع من الغلط لايبطل العقد ولايمنع نفاذه وإن كان يؤثر في لزومه .

ولذا فإننا نرى أن ماأراده المقنن هنا أمر غير ما حوته المادة ١٩٥ .

وإذا قلنا أن الجهالة الفاحشة في المعقود عليه تؤدي إلى بطلان العقد (م ١٩٤ معاملات مدنية) إلا أنه إذا انتفت الجهالة الفاحشة مع بقاء الجهالة اليسيرة فإن العقد ينشأ صحيحاً إلا أن رضاء المتصرف إليه لم يكتمل .

(١) د.السنهوري المرجع السابق، ج١، ص ١٢٣-١٢٤ ومحمد حلمي عيسى المرجع السابق ص٣٣٦.

ونقـول هنا أن المتـصـرف إليـه لم يسـتـقـر رضـاؤه فـهـو في حـالة تحـرك ولابد لاستقراره من رؤية المعقود عليه .

فبالرؤية ، إما أن يستقر رضاؤه أو يستمر عدم الاستقرار الذي يمنحه حق فسخ العـقد لعـدم اللزوم . فـالمعـيـار هنا معـيـار ذاتي لأنه عند رؤية المبيع فـيـمـا لايرضى شخـصـاً مـعـيناً قد يرضى مـشـترٍ آخر . فـالأمـر إذن لايتـعلق بغلط أو بتـخلف صـفة جوهرية في الشيء .

ولتوضيح أن استمرار عدم استقرار الرضا هو سبب خير الرؤية وليس الغلط في صفة مرغوبة أن القانون أجاز للمشتري فسخ العقد حتى قبل الرؤية بناء على عدم لزومه على نحو ماسوف نراه .

الفرع الثاني

صحة العقد في قانون المعاملات المدنية الاماراتي

والقانون المدني الأردني والعراقي واليمني

موقف قانون المعاملات المدنية الإماراتي :

٤٠ - لقد نصت المادة ٢٢٨ من قـانون المعـامـلات المدنيـة الإمـاراتي على أن " خيار الرؤية لايمنع نفاذ العقد وإنما يمنع لزومه بالنسبة لمن شرط له الخيار " وتقابلها المادة ١٨٦ من القانون المدني الأردني بذات منطوق النص .

بدءاً نقـول أن النص قـد جاء مـعـيـبـاً من حيث الغـمـوض والتناقض إذ جـاء في عـجـزه وإنما يمنع لزومه بالنسبة لمن شـرط له الخيـار ، وكـأن خيـار الرؤية مطلق سـواء للمـتـصـرف أو المتـصـرف له مـادام قـد اشـتـرطه رغم أن نص المادة ٢٢٦ من قـانون

المعاملات المدنية قد قصر الحق في الخيار لمن صدر له التصرف ، وإن كان هذا النص الأخير يفسر غموض النص السابق ، إلا أنه لابد من أن تكون الصيغة القانونية واضحة وقاطعة حتى نزيل ماقد يحدث من خلل في التفسير أو التأويل .

كذلك فإن نص المادة ٢٢٨ في عجزه ذكر أن " الخيار لمن شرطه " رغم أن خيار الرؤية وفقاً للمذهب الذي اختاره القانون لايتطلب ثبوت خيار الرؤية لمن صدر له التصرف ، أن يشترطه ، وهو ماأكدته المادة ٢٢٦ بنصها على أنه " ..... يثبت خيار الرؤية ... لمن صدر له التصرف ولو لم يشترطه " وبالعودة إلى نص المادة المذكورة (م ٢٢٨) نرى أنه قد أخذ برأي الأحناف القائلين بأن العقد الصحيح الذي يثبت فيه الخيار لايمنع نفاذ العقد وتترتب جميع آثار النفاذ دون آثار اللزوم حتى يسقط حق الخيار بسبب من الأسباب وقد أجابت المذكرة الايضاحية لقانون المعاملات المدنية في ذلك بأن قالت : " خيار الرؤية لايمنع انعقاد العقد ولاصحته ولانفاذه ، ويثبت الملك للمشتري في المبيع ، ويثبت الملك للبائع في الثمن بالرغم من قيام خيار الرؤية [1] ، وهذا قول يتفق مع ماذكرناه سابقاً ، إلا أن المذكرة الايضاحية خرجت بعد ذلك عن الخط السليم وهو المتفق مع النصوص السابقة والمنطق الفقهي ، حيث قالت (فخيار الرؤية يمنع تمام حكم العقد ، فلا يتم حكم البيع إلا إذا رأى المشتري المبيع ولم يرده " [2] .

فهذا القول متناقض جملة مع بعضه البعض ، إذ المذكرة تقول : أن العقد الذي يرد به خيار الرؤية يكون نافذاً وهي تجيب أن معنى النفاذ هو ثبوت ملك المبيع للمشتري وثبوت الحق في الثمن للبائع ، ثم تقول المذكرة : أن الخيار يمنع حكم العقد

---

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتية ص ٢٢٨ .

(٢) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية ص ٢٢٨ وكذلك المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ج١ ص ٢١٠ .

فلا يتم حكم البيع ٠

وإذا علمنا أن حكم العقد هو الغرض والغاية منه ففي عقد البيع يكون الحكم هو ملكية المبيع للمشتري وملكية الثمن للبائع وفي عقد الإجارة الحكم هو ملك منفعة العين المستأجرة للمستأجر وملك مالك العين المؤجرة للأجرة وهكذا في العقود الأخرى٠

أما حقوق العقد فهي الأعمال التي لابد منها للحصول على حكمه ٠ مثل تسليم المبيع وقبض الثمن والرد بالعيب أو خيار الرؤية أو الشرط، وضمان ردالثمن إذا استحق المبيع مثلاً [١] ٠

الخلاصة ، أن العقد مع خيار الرؤية يثبت الحق في انتقال الملكية للمشتري والثمن للبائع باعتباره عقداً نافذاً وإن كان غير لازم في حق المشتري ٠

موقف القوانين العربية الأخرى:

٤١ - وإذا قارنا قانوننا مع القوانين العربية التي تأخذ بخيار الرؤية كما هو في الفقه الاسلامي ، فإننا نرى أن القانون المدني اليمني قد غاير القانون المدني

---

(١) د٠ محمد يوسف موسى الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي طبعة سنة ١٩٦٧ ص ٣٧٢ وكذلك الأستاذ أحمد ابراهيم الالتزامات في الشرع الاسلامي ج٢ ص ١٦٠ حيث يقول " حكم العقد هو الأثر المترتب عليه شرعاً المقصود من العقد للعاقدين ، وحقوقه هي مستلزماته الأخرى المتممة لعملية نفي عقد البيع (مثلاً) الحكم هو انتقال ملكية المبيع من البائع إلى المشتري في مقابلة الثمن، والحقوق هي تسليم المبيع إلى المشتري ومطالبته بالثمن وحبس المبيع عنه حتى يؤدي الثمن إن لم يرضى البائع بتأجيله ، ورد المبيع بالعيب والمخاصمة في ذلك وضمان الثمن وغير ذلك مما يحقق غرض العاقدين ويتم به مقصود كل منهما ، وانظر كذلك الأستاذ علي الخفيف مختصر أحكام المعاملات الشرعية (العقد) ١٩٥٤ ص ١٩٢ ، والدكتور أحمد فراج حسين الملكية ونظرية العقد مؤسسة الثقافة الجامعية بالاسكندرية ص ٢٩٨ ، والدكتور محمد علي عثمان الفقي فقه المعاملات دراسة مقارنة نشر دار المريخ ص ١٥٣ ومابعدها ٠

الأردني والإماراتي حيث لم يجعل العقد المقترن بالخيار - أي خيار - مرتباً آثاره إذ نصت المادة ٥١٨ مدني يمني على أنه " إذا انعقد البيع نافذاً غير لازم بأن كان فيه خيار لأحد المتعاقدين أولهما معا فلا تترتب عليه آثاره إلا إذا أجازه من له الخيار في مدته أو سقط خياره طبقاً لما هو منصوص عليه في القانون " ، فالنص يقرر حكماً عاماً يشمل كل بيع مقترن يحق الخيار ومنها خيار الرؤية ، فلو بيع عقار دون رؤية فإن العقار لاتنتقل ملكيته إلى المشتري ولاتنتقل ملكية الثمن إلى البائع وفقاً لنص هذه المادة [1] .

أما القانون المدني العراقي وهو من القوانين التي نظمت قواعد خيار الرؤية تنظيماً تشريعياً صريحاً فإنه لم يشر إلى أثر هذا الخيار على أوصاف **العقد** من حيث النفاذ واللزوم ومكتفياً بالنصوص العامة التي توضح المسلك الذي سلكه القانون إذ نصت المادة ١١٤ مدني عراقي على أن " عقد المعاوضة الوارد على الأعيان يقتضي ثبوت الملك لكل واحد من العاقدين في بدل ملكه ... " كما نصت المادة (٥٣١) مدني عراقي على أنه " إذا كان المبيع عيناً معينة بالذات أو كان قد بيع جزافاً نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع وأما إذا كان المبيع لم يعين إلا بنوعه فلا تنتقل الملكية إلا بالإفراز " ومقتضى النصين هو انتقال ملكية الثمن إلى البائع في كل عقد توافرت له جميع الأركان والشروط ومعلوم أن الرؤية في هذا القانون شرط لزوم لا شرط صحة بدليل أن تصرف من له الخيار في العين محل التعاقد تكون صحيحاً مبطلاً لحقه في الفسخ [2] .

أما مشروع قانون المعاملات المالية العربي ، فقد جاء نصه صريحاً على أن

---

(١) د. عبدالله العلفي رسالته السابقة ص ٣٩١ .

(٢) د. غني حسون العقود المسماة في القانون العراقي ص ٧٩ . وكذلك د. عبدالله العلفي رسالته السابقة ص ٣٩٣ ومابعدها .

العقد المقترن بخيار الرؤية يرتب جميع آثاره مع عدم لزومه لمن له الخيار إذ نصت المادة ٢٢٥ منه على أن " خيار الرؤية لايمنع نفاذ العقد وإنما يمنع لزومه بالنسبة لمن له الخيار " ورغم التشابه مع نصوص القانون المدني الأردني والإماراتي ، إلا أننا نرى أن صياغته القانونية تفضل صياغتهما خاصة في عجز النص ·

وقد بيّنا سابقاً أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي وكذلك الأردني يرى أن العقد المقترن بخيار الرؤية لايمنع من انتقال الملكية فوراً وفقاً لأحكام القانون وإن كان هذا الانتقال قد يستوجب القيام ببعض الأعمال لضمان تحققه فعلاً ، فعلى البائع أن يقوم بنفسه أو بمعاونة المشتري بكل ما من شأنه التمهيد لنقل الملكية بمجرد انعقاد العقد التزاماً بنص المادة ٥١٤ من قانون المعاملات المدنية حيث نصت في عجزها على أن " يلتزم البائع بأن يقوم بما هو ضروري من جانبه لنقل الملكية إلى المشتري " وهو كذلك يلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري مجرداً من كل حق آخر مالم يكن هناك اتفاق أو نص قانوني يقضي بعد ذلك (م ٥١٤ معاملات مدنية) والالتزام الضروري كالقيام بعملية التصديق على عقد البيع وإذا كانت الملكية لاتنتقل إلا بالتسجيل (م ١٢٧٧ معاملات مدنية) فعلى البائع أن يقوم بالمعاوضة في تسجيله وإزالة كل العوائق التي تؤدي إلى تراخي التسجيل ، وإذا كانت العين المبيعة محملة بعبء أو تكليف فعلى البائع إزالة ذلك إن لم يكن هناك اتفاق على إبقائها وعليه أن يلتزم بعدم التعرض للمشتري في الشيء المبيع فلا يتصرف فيها تصرفاً قانونياً أو مادياً والاضمن ذلك وفقاً لأحكام القانون ·

ضمان الاستحقاق:

٤٢ - الافتراض هنا أن المعقود عليه قد ظهر له مستحق أو مدع بالاستحقاق وذلك قبل رؤية المتملك للمعقود عليه ، ودون أن يسقط الحق في الخيار بسبب من الأسباب التي وردت في المادة ٢/٢٢٩ من قانون المعاملات المدنية

والتي سنتعرض لها في المبحث التالي . وعند الادعاء باستحقاق المبيع فإن الخصومة قبل التسليم توجه إلى البائع أو المشتري وبعد التسليم فإن الخصومة توجه إلى المشتري وعلى هذا الأخير إدخال البائع في الدعوى في الوقت الملائم .

وقد نصت المادة ٥٣٥ من قانون المعاملات المدنية على أنه " ١ - توجه الخصومة في استحقاق المبيع قبل تسلمه إلى البائع والمشتري معاً .

٢ - فإذا كانت الخصومة بعد تسليم المبيع ، ولم يدخل المشتري البائع في الدعوى في الوقت الملائم وقد صدر حكم حاز قوة الأمر المقضي به فقد حقه في الرجوع بالضمان فإذا أثبت البائع أن ادخاله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق " .

فبدءاً نقول أن كون العقد غير لازم في حق المشتري لقيام خيار الرؤية لمصلحته. لاينفي حقه القانوني في ضمان الاستحقاق والذي يكون له بمجرد ابرام عقد البيع .

إلا أن المشكلة هي فيما أوجبه القانون بعد ذلك فإن توجه الخصومة عند ادعاء الغير بالاستحقاق إلى المشتري حتى ولو كان العقد غير لازم له .

فهل مخاصمة المشتري في الدعوى وتفنيده لرأي المدعى ودفعه لطلباته في المبيع يعد اسقاط لحقه في الرؤية وبالتالي لزوم العقد في حقه ؟

إننا لانرى ذلك لأن هذا الحق أوجبه القانون عليه بالنص الذي أوردناه وبالتالي ليس له التملص من الدخول في الدعوى ومخاصمة المدعي بالحق بل في حالة تسلمه للمبيع ولو كان تسليماً حكمياً أن يدخل البائع في الدعوى ليساعده على رد ادعاءات الغير وإلا ضاع حقه في الرجوع بالضمان .

وهذا الحق هو مايؤكده قانون الاجراءات المدنية في المادة ٩٤ والتي تنص على أن" للخصم أن يدخل في الدعوى من كان يصح اختصامه فيما عند رفعها " ٠

بل إن للمشتري أن يتدخل في الدعوي كلما رأى أن له مصلحة في ذلك ، كأن يطلب الحكم له بناء على دعوى فرعية ضد البائع في حالة الفصل في موضوع الدعوي الأصلية بحكم للمستحق ، م ٩٥ إجراءات مدنية ٠ ونرى أن هذا لايسقط حقه في خيار الرؤية باعتبار أن القانون منشأ هذا الحق كما أن خيار الرؤية منشؤه القانون ٠

إلا أنه إذا أقر المشتري بالحق المبيع أو بجزء منه للأجنبي المدعي أو صالحه على مال (م ٥٣٨ و ٥٣٩ معاملات) ، فإن فعله هذا يسقط حقه في خيار الرؤية وفقاً لحكم المادة ٢٢٩ التي تقضي بسقوط حق الخيار " ٠٠٠٠ بتصرف من له الخيار ٠٠٠ تصرفاً يوجب حقاً للغير ٠"

المطلب الثاني

المفارقة بين خيار الرؤية وبين أحكام العلم بالبيع في قانون المعاملات

٤٣ - نصت المادة ٤٩٠ من قانون المعاملات المدنية على الآتي : "

١ - يشترط أن يكون المبيع معلوماً عند المشتري علماً نافياً للجهالة الفاحشة٠

٢ - ويكون المبيع معلوماً عند المشتري ببيان أحواله وأوصافه المميزة له وإذا كان حاضراً تكفي الاشارة إليه " وهي تطابق المادة ٤٦٦ من القانون

المدني الأردني.

ونصت المادة ٤٩١ من قانون المعاملات المدنية على أنه " إذا ذُكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع علماً كافياً فلا يحق له طلب ابطال العقد لعدم العلم إلا إذا أثبت أن البائع قد غرر به " وهي تطابق المادة ٤٦٧ من القانون المدني الأردني .

و لقد درج الفقه في شرح نص هاتين المادتين على ضوء المادة ٤١٩ مدني مصري وذلك لوجود الشبه في الصياغة رغم اختلاف المصدر الذي استمد منه نصي المواد ٤٩٠ و ٤٩١ من قانون المعاملات المدنية [1] .

ولذا كان علينا أن نوضح حالاً مسلك القانون المصري وفقهه قبل أن نقوم ببحث مسلك المقنن الإماراتي . وهذا مانتناوله في فرعين على التوالي :

الفرع الأول
العلم بالمبيع في القانون المدني المصري

مسلك القانون المدني المصري:

٤٤ - نصت المادة ٤١٩ من القانون المدني المصري على أنه " ١ - يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً ، ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً تمكن من تعرفه .

٢ - وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في طلب

(١) انظر في ذلك د. عبدالخالق حسن احمد عقد البيع سنة ١٩٨٩ ، ص ٩١ و ٩٢ - دفتحي عبدالرحيم مذكرات في شرح عقد البيع وفقاً لقانون المعاملات المدنية ص ١٥ ، كذلك د. رمزي مبروك مذكرات في شرح عقد البيع في قانون المعاملات المدنية ص ٢٣ ومابعدها .

إبطال المبيع بدعوى عدم علمه به إلا إذا أثبت تدليس البائع " .

وتفصيل ذلك أن القانون المدني المصري أوجب لانعقاد البيع وقوع التراضي بين الطرفين على البيع وعلى المبيع والثمن . ومعناه أنهما إذا لم يتفقا على المبيع ، لم ينعقد العقد بداهة . ومن المعلوم أنه يشترط أن يكون المبيع معيناً وأن التعيين يتم بكل ما من شأنه نفي الجهالة عن المبيع وفقاً لطبيعته ، بحيث يمتنع الخلط بينه وبين غيره ، فإذا لم يتعين المبيع تعييناً كافياً لم ينعقد العقد .

وأخيراً فإنه من المسلم أنه يجوز للمشتري أن يطلب إبطال العقد إذا وقع في غلط جوهري في المبيع ، ويعتبر غلطاً جوهرياً على الأخص الغلط في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين ، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية ، إلا أنه يلزم لابطال العقد على أساس الغلط في صفة جوهرية في المبيع أن يكون البائع قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه .

هذه القواعد العامة تؤدي إلى عدم انعقاد العقد إذا لم يقع التراضي علي المبيع أو إذا لم يعين تعيناً نافياً للجهالة ، وتجيز للمشتري إبطال لعقد إذا وقع في غلط في صفة جوهرية في المبيع [1] .

إلا أن القانون المصري لم يكتف بإيراد القواعد العامة بل أورد المادة ٤١٩ والتي ذكرناها سابقاً . وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي في خصوص

(١) د. عبدالمنعم البدراوي ، عقد البيع ١٩٥٨ فقرة ٧٧ ص ١١٩ ، د. السنهوري عقد البيع رقم ٦١ ، ٦٢ ، ٦٣ ، ٦٤ ، د. محمد لبيب شنب شرح أحكام عقد البيع رقم ٤٢ و ٤٣ و ٤٤ و ٤٥ ، د. جميل الشرقاوي ، شرح العقود المدنية البيع والمقايضة ١٩٨٢ رقم ١٨ . د. أنور سلطان ود.جلال العدوي سنة ١٩٦٦ العقود المسماة عقد البيع رقم ٢٢٣ ، د. توفيق حسن فرج عقد البيع والمقايضة رقم ٦٧ و ٦٩ و ٧٠ و ٧١ .

هذا النص :

" هذا النص يلخص خمسة نصوص في التقنين المصري القديم وهي المواد من ٢٤٩ إلى ٢٥٣ على وجه يوفق بين خيار الرؤية المعروف في الشريعة الاسلامية وبين المبادىء العامة للقانون المدني وهذه لاتشترط رؤية المبيع ، بل تقتصر على اشتراط أن يكون معيناً تعييناً كافياً " [١] .

اوجه الخلاف بين أحكام القانون المدني المصري والفقه الاسلامي الذي يقول بخيار الرؤية :

٤٥ - رغم محاولة التوفيق بين خيار الرؤية كما قد رأيناه في الفقه الاسلامي والمبادىء العامة للقانون المدني المصري ، إلا أنه لايمكن القول بأن الأحكام التي أوردتها المادة ٤١٩ هي بعينها أحكام خيار الرؤية في الفقه الاسلامي ويمكن تلخيص الفروق بينهما :

(١) يثبت خيار الرؤية في الفقه الاسلامي في البيع مادام المشتري لم ير المبيع وحتى لو وصف له المبيع وصفاً كافياً وحتى لو وجده على نحو ما وصف له . فتعيين في العقد وهو النافي للجهالة المقضية للمنازعة تغني عن الرؤية التي بها تنتفي الجهالة اليسيرة ، وهذا بخلاف ما قضت به المادة ٤١٩ من القانون المدني المصري حيث أضافت - بعد أن أوجبت أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً - أنه يعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه .

ففي نظر القانون المدني المصري تعيين المبيع في العقد يسقط خيار الرؤية ،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ١٩ .

على حين أنه لايسقطه في الفقه الاسلامي الذي يأخذ بخيار الرؤية [1] .

(٢) لايسقط خيار الرؤية بالنزول عنه قبل الرؤية في الفقه الاسلامي . والحال في القانون المدني المصري على خلاف ذلك ، إذ أنه إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع .سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به [2] .

ومن كل ذلك نستطيع القول أن المشرع المصري وان حاول الأخذ بخيار الرؤية المعروف في الفقه الاسلامي إلا أنه لم يأخذ أحكام خيار الرؤية كما هي بل عدل فيها بما يتوافق مع النظريات الغربية التي أخذ بها .

شروط طلب الإبطال لعدم العلم الكافي :

٤٦ - يشترط لابطال العقد لعدم العلم الكافي وفقاً لما ورد في المادة ٤١٩ مدني مصري مايأتي :

. **الشرط الأول** : ألا يكون المشتري قد رأى المبيع وقت العقد . فإن رأى المبيع أثناء العقد سقط حقه في طلب ابطال البيع دونما شرط أو قيد وإن رآه قبل العقد لم يثبت له الحق في طلب الابطال بتوافر أمرين :
أولهما : أن يكون العاقد على علم بأن هذا المحل هو الذي رآه من قبل ،
وثانيهما : ألا يتغير المحل وقت العقد عن الصفة التي كان عليها عند رؤية

---

(١) د. عبدالمنعم البدراوي رقم ٧٩ ص ١٢٢ ، د. منصور مصطفى منصور ، العقود المسماة البيع والمقايضة والإيجار سنة ١٩٥٦ - ١٩٧٧ رقم ٤١ ص ٦٩ ، د. مصطفى الجمال ود.عبدالحميد الجمال عقد البيع سنة ١٩٩١ رقم ٦٢ - ٦٥ .

(٢) د.عبدالمنعم البدراوي المرجع السابق رقم ٧٩، د. منصور مصطفى منصور المرجع السابق رقم٤١ .

العقدله [1] .

الشرط الثاني : عدم تضمين عقد البيع بياناً بأوصاف المبيع الأساسية التي من شأنها أن تنفي عنه الجهالة المفضية إلى المنازعة . ولايوجد وفقاً للقانون المصري (م ٤١٩/١ ، ٢) إلا في حالة عدم تعيينه المبيع بأوصافه الأساسية .

ويذهب الفقه هنا إلى أن الأوصاف الأساسية تعني أمراً أكثر من مجرد التعيين الذي يُبطل العقد . ولتوضيح ذلك يقال مثلاً أبيعك داري الموصوفة في مدينة الاسماعيلية وليس لي فيها دار سواها . فالمبيع هنا معين ولكنه لاينفي الجهالة اليسيرة ، وهي تنتفي ببيان أوصافه الأساسية كذكر مساحة الأرض وعدد الطبقات فيها وسائر أوصافها التي من شأنها إعطاء المشتري فكرة تامة عنها . فإن لم يكن قد رأيت هذه الدار ثبت لك خيار الرؤية [2] .

الشرط الثالث: عدم ذكر أن المشتري عالماً بالمبيع في العقد ، لأن ذكر ذلك يعد إقرار من المشتري وحجة عليه [3] . ولايستطيع بعد ذلك أن يطعن في البيع بالإبطال بدعوى عدم علمه بالمبيع .

وقد انتقد جانب من الفقه مانصت به الفقرة الثانية من المادة ٤١٩ من أنه " وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع يسقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى علمه به إلا إذا أثبت تدليس البائع " ، والأمر هنا أن المشرع يتكلم عن

---

(١) د . عبدالمنعم البدراوي المرجع السابق رقم ٨٠ ص ١٢٤ .

(٢) د . عبدالمنعم البدراوي المرجع السابق رقم ٨٠ ص ١٢٤ ، د . توفيق حسن فرج المرجع السابق رقم ٦٩ ص ١٠٧ .

(٣) د . عبدالرزاق السنهوري الوسيط المرجع السابق رقم ٦٥ ص١٦١ ود . البدراوي المرجع السابق رقم ٨٠ .

سقوط الحق مع أن السقوط يفترض أن الحق في الإبطال قد وجد ، والواقع أنه لم ينشأ مطلقاً لأن سبب حرمان المشتري من طلب الإبطال مصاحب للعقد [1] .

ولكن المادة أضافت في عجزها " إلا إذا أثبت تدليس البائع " والمقصود بهذه الإضافة هو تدليس البائع في خصوص العلم ، بمعنى أنه إذا اطلع البائع المشتري على شيء أو أوهمه أنه هو المبيع أو أوهمه أن الشيء الذي كان قد سبق له رؤيته هو نفسه المبيع ، ثم اتضح خلاف ذلك أو قدم له عقوداً صورية لمعرفة ريعه وتوصل بذلك إلى إقرار المشتري بالعلم ، ثم اتضح خلاف ذلك فإذا أثبت المشتري هذا كان له مع ذلك إبطال البيع [2] .

اختلاف الفقه المصري حول تكييف الجزاء على عدم العلم :

٤٧ - إذاكان الفقه الحنفي قد ذهب إلى أن للمشتري عند ثبوت خيار الرؤية حق إمضاء العقد أو فسخه ولو تحققت فيه أوصافه . وله الفسخ دون حاجة إلى عرض الأمر على القضاء أو رضى البائع ، فالأمر يختلف في القانون المدني المصري حيث جعل جزاء عدم توافر العلم أو مايقوم مقامه عدم قابلية العقد للابطال لمصلحة المشتري (م ٢/٤١٩ مدني مصري) .

وقد اختلف الفقه في شأن شروط العلم :

فهل يعتبر العلم شرطاً مستقلاً بصحة البيع أم أنه تطبيق لأحكام الغلط ؟ ونحدد أوجه الخلاف كالتالي :

(١) ذهب رأي إلى أن المشرع المصري قد أكمل بتقريره هذه القواعد نقصاً

---

(١) د. منصور مصطفى منصور عقد البيع المرجع السابق رقم ٤١ ص ٧٦ ، د. مصطفى الزرقا ، البيع في القانون المدني السوري رقم ٤١ ص ٥٤ و ص ٥٥ هامش رقم (١) .

(٢) د. عبدالمنعم البدراوي رقم ٨٠ ، د. منصور مصطفى رقم ٤٠ ، د. السنهوري رقم ٦٥ .

يشهد عند استيفاء الشرائط المستوجبة لبطلان الرضاء بناء على غلط أو تدليس ورافعة لما يلحق المشتري من الأسف والندم على شراء شيء غير صالح له ٠ وهو إذ يبين أن الغلط الموجب لبطلان الرضاء وفقاً للقواعد العامة ٠ هو ماكان واقعاً في أصل الموضوع المعتبر في العقد ٠ أما إذا وقع على صفة غير جوهرية في ذات الشيء فالغلط لايمنع صحة التعاقد ، ولكن فقـــد هذه الصفات قد تحدث ضرراً للمشتري ولذلك يقول الفقهاء أن فائدة خيار الرؤية هو رفع الجهالة اليسيرة التي لاتنافي صحة البيع [1] ٠

(٢) ويذهب البعض إلى أن أحكام العلم بالمبيع ليس فيها ماينافي القواعد العامة لأن المشتري إذا لم يعلم بالمبيع فعقده غير صحيح ، إما لغلطه فيه وإما لان المبيع لايكون معيناً مع أن القانون يوجب تعيينه ٠

ويؤكد صاحب هذا الرأي ، رأيه بأن الأحكام التي أوردها المشرع لم تسد نقصاً كان موجوداً في القانون [2] ٠

(٣) وأصحاب هذا الرأي مع تسليمهم بأن أحكام العلم بالمبيع لاتتعارض مع الأحكام العامة في الغلط ٠٠ حيث افترض أن المشتري في حالة عدم علمه بالمبيع ٠٠ ثم رآه بعد العقد فلم يجده وافياً بالغرض المقصود ، قد وقع في غلط جوهري في شأن المبيع ، فهو لم يره ولم يوصف له ، ولكنه أقدم على شرائه بالرغم من ذلك ظاناً أنه يفي بالغرض المقصود، فلما رآه وجده غير واف بهذا الغرض ، فيكون قد وقع في غلط جوهري وله أن يطلب إبطال البيع وفقاً للقواعد المقررة في

---

(١) محمد حلمي عيسى شرح البيع سنة ١٩١٦ رقم ١٠٦٥ ٠

(٢) أحمد نجيب الهلالي شرح القانون المدني وأخرجه حامد زكي الطبعة الثانية ١٩٤٠ رقم ٧١ ص ٧٤ - ٧٥ ورقم ٧٢ ص ٧٦ ٠

نظرية الغلط [١] .

إلا أن المشرع لم يكتفي بالأحكام العامة في القانون في هذه الحالة، بل وضع قرينة قابلة لإثبات العكس على وقوع المشتري في الغلط في حالة عدم النص في العقد على علم المشتري بالمبيع وعدم ذكر أوصافه الأساسية [٢] ٠فهو غلط مفترض، ويكفي أن يدعيه المشتري حتى يصدق بقوله ، بل يطلب منه أن يحلف اليمين فليس عليه أن يثبت وقوعه في الغلط [٣] .

(٤) وهذا الرأي يرى أن إبطال العقد لعدم العلم لايكون على أساس الغلط ، وإنما على أساس خيار الرؤية الذي وفق المشرع بين أحكامه والقواعد العامة في القانون فيقول أستاذنا الدكتور عبدالمنعم البدراوي " أننا هنا لسنا بصدد إبطال العقد على أساس الغلط ، إننا أمام خيار الرؤية ، والخيار كما أسلفنا إرادة ومشيئة ، فالمشتري حر في اعتماد العقد أو نقضه وليس عليه أن يثبت وقوعه في الغلط ، ولا أن يثبت أن المتعاقد الآخر وقع مثله في هذا الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل أن يتبينه ، كما تقضي بذلك أحكام القانون في الغلط ، وخيار الرؤية في الشريعة الاسلامية سبيل للطعن في العقد غير سبيل الغلط [٤] .

ويقول كذلك الأستاذ منصور مصطفى منصور " إلا أن رجوع المشتري إلى خيار

---

(١) السنهوري المرجع السابق رقم ٦٥ ٠

(٢) د٠ أنور سلطان ود٠ جلال العدوي رقم ٢٢٣ ص ١٧٢ ٠

(٣) د٠ عبدالرزاق السنهوري المرجع السابق رقم ٦٥ ، د٠ أنور سلطان المرجع السابق رقم ٢٢٣ ، د٠ حامد زكي المرجع السابق هامش ص ٧٨ تحت ملاحظة هامة - كذلك أنور سلطان العقود المسماة شرح عقد البيع والمقايضة دراسة مقارنة ١٩٨٣ طباعة بيروت رقم ٣٨ ص ٤٣ و ٤٤ ٠

(٤) د٠ عبدالمنعم البدراوي رقم ٨١ ص ١٢٥ ٠

الرؤية في الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالبيع بالذات يجعلنا نفضل الاعتماد على أحكام الشريعة فيما لم يرد فيه حكم صريح من المشرع .

والمشرع لم يصرح بأن عدم العلم أو مايقوم مقامه يجعل العقد قابلاً للابطال باعتباره قرينه على الغلط ، وإذا أردنا أن نعرف ماإذا كان العقد يكون قابلاً للابطال لعدم العلم في ذاته أم للغلط فنرجع إلى الشريعة الاسلامية وقد رأينا أن سبب ثبوت خيار الرؤيا فيها هو عدم الرؤية أي عدم العلم . وإذا كان هذا يؤدي بنا إلى نتيجة تخالف الروح العامة للقانون المدني فليس ذلك إلا نتيجة لسياسة المشرع في استقاء القواعد من مصادر مختلفة [(١)] .

لكن يبقى مع ذلك أن المشرع المصري يجعل جزاء عدم الرؤية هو القابلية للابطال وليس الخيار بين فسخ العقد وإجازته كما هو الحال في الفقه الاسلامي، وإن كانت الأحكام العملية للقابلية للابطال لاتكاد تختلف عن أحكام الخيار المذكور.

الفرع الثاني
العلم بالمبيع في قانون المعاملات الاماراتي

النصوص ومصدر ها التاريخي:

٤٨ - نصت المادة ٤٩٠ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه "
١ - يشترط أن يكون المبيع معلوماً عند المشتري علماً نافياً للجهالة الفاحشة.
٢ - ويكون المبيع معلوماً عند المشتري ببيان أحواله وأوصافه المميزة له وإذا كان حاضراً تكفي الإشارة إليه " . وتقابلها المادة ٤٦٦ من القانون المدني الأردني.

---

(١) د. منصور مصطفى منصور رقم ٤١ ص ٧٢ وكذلك د. حسن توفيق فرج عقد البيع رقم ٦٩.

ونصت المادة ٤٩١ على أنه " إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع علماً كافياً فلا يحق له طلب إبطال العقد لعدم العلم إلا إذا أثبت أن البائع قد غرر به ". وتقابلها المادة ٤٦٧ من القانون المدني الأردني إن الناظر إلى النصوص السابقة قد يذهب للوهلة الأولى إلى أن الأحكام في هذه النصوص هي ذاتها الأحكام الواردة في القانون المدني المصري في المادة رقم ٤١٩ منه والتي تناولناها بالبحث فيما سبق .

إلا أنه بالتمعن والتأمل ، وبالرجوع بأحكام قانون المعاملات المدنية الإماراتي إلى أصوله في الفقه الاسلامي نجد أن هذه المواد مجرد تكرار لما جاء في مجلة الأحكام العدلية مجموعة قانون المعاملات المدنية [1] .

فالمادة ٢٠٠ من المجلة تنص على أنه " يلزم أن يكون المبيع معلوماً عند المشتري " ويقول العلامة علي حيدر في شرح هذا النص : فإن كان المبيع لابد فيه من التسليم والتسلم وجب أن يكون المشتري عالماً به على وجه لا يدع سبيلاً لنزاع لأن جهالة المبيع تمنع من تسليمه وتسلمه ويؤدي إلى تنازع المتبايعين ويصير العقد بها غير مفيد وكل عقد يؤدي إلى النزاع فاسد ، وبيع المال المجهول الذي يؤدي إلى النزاع بين المتبايعين فاسد ، كبيع شاة غير معينة من قطيع غنم " [2] .

و المادة ٢٠١ من هذه المجلة تنص على أنه :" يصير المبيع معلوماً ببيان أحواله وصفاته التي تميزه عن غيره مثلاً لو باعه كذا مداً من الحنطة الحمراء أو باعه أرضاً

---

(١) حيث ذكرت المذكرة الإيضاحية بأن المواد ٤٩٠ و٤٩١ مستمدة من المواد ٢٠٠ و٢٠١ و٢٠٢ و ٢٠٣ من مجلة الأحكام العدلية وهي تعني بتعيين محل العقد وهو هنا المبيع ص٥٦٢ من المذكرة الإيضاحية، وانظر المذكرة الايضاحية للقانون الأردني ج٢ ص٤٩٥ و٤٩٦ إعداد المكتب الفني .

(٢) شرحه مجلة الأحكام ج١ ص ١٥٣ .

مع بيـان حدودها صـار المبـيع معلومـاً وصح البـيع " وهذه توضح أن طرق العلم (أي تعـيـينه) بالمبـيع تختلف باختـلاف المبـيع ، ومن طرق العلم به أولاً الإشـارة، وثانيـاً بالخواص التي تميـزه عن سواه وهي مقداره وحدوده وصفـاته ، ثالثـاً مكانه الخاص ، رابعاً بإضافة البائع المبيع إلى نفسه ، خامساً ببيان الجنس على قول " [1] .

و المادة ٢٠٣ منها تنص على أنه " يكفي كون المبيع معلوماً عند المشتري فلا حاجة إلى وصـفه وتعـريفه بوجه آخر " ذلك لأن الجـهالة في المبيع لاتضر البـائع بل تضر المشتري فلذلك لايشتـرط معـرفة البائع للمبـيع وعلمه به ، وتشتـرط معـرفة المشتري وعلمه بالمبيع فإذا شترى رجل من آخر داراً يعلم حدودها سابقاً بدون ذكر لحدودها وقت البـيع فليس له فسخ البيع بدعـوى أن حدود الدار لم تذكـر في عقـد البـيع ، كمـا أن المشتـري إذا كـان لايعلم حدود عقـار المبيع أو لم يذكر الحـدود حين البـيع ، فـالبيع جائز إذا لم يقع بين المتـعاقـدين تجاحد، وصـدق البـائع أن المبـيع هو الذي يدعيه المشتري [2] .

وقد شرط الفقه الحنفي الذي استمدت النصوص الآنفة الذكر منه لصحة البيع معرفة المبيع بما ينافي الجهالة ، **لأن المعاملات** شرعت **لقطع** المنازعات **وجهالة قدره** ووصفه تفضي إلى المنازعة [3] .

وقد أورد ابن عابدين في هذه المسألة قـول " .. هذا والذي يظهر من كلامـهم تفريعاً وتعليلاً أن المراد بمعرفة القدر والوصف ماينافي الجهالة الفاحشة ، وذلك بما

---

(١) المرجع السابق .

(٢) علي حيدر ج١ ص ١٥٥

(٣) بدائع الصنائع ج٥ ، ص ١٦٣ ، شرح فتح القدير ج٦ ص ٢٩٣ ، تبـيـين الحـقـائق شرح كنز الدقائق المرجع السابق ج٤ ، ص ٥ .

يخصص المبيع عن أنظاره ، وذلك بالإشارة إليه لو كان حاضراً في مجلس العقد ، وإلا فبيان مقداره مع بيان وصفه لو كان من المقدرات ، كبعتك كر حنطة بلدية مثلاً بشرط كونه في ملكه ، أو ببيان مكانه الخاص ، كبعتك مافي هذا البيت ، أو مافي كمي ، أو بإضافته إلى البائع ، كبعتك ولا عبد له غيره أو ببيان حدود أرض، ففي كل ذلك تنتفي الجهالة الفاحشة عن البيع وتبقى الجهالة اليسيرة التيلاتنافي صحة البيع ، لارتفاعها بثبوت خيار الرؤية ، فإن خيار الرؤية إنما يثبت بعد صحة المبيع لرفع تلك الجهالة اليسيرة لالرفع الفاحشة المنافية لصحته ، فاغتنم تحقيق هذا المقام بما يرفع الظنون والأوهام ، ولتدفع به التناقض واللوم عن عبارات القوم " [1] .

العلم بالمبيع يعني مجرد تعيين المبيع :

٤٩ - إن النصوص السابقة المتعلقة بالعلم بالمبيع في قانون المعاملات المدنية الاماراتي وفي القانون المدني الأردني هي مجرد تكرار لأحكام تعيين المبيع في هذه القوانين فقد نصت المادة ٢٠٣ من قانون المعاملات المدنية في النظرية العامة على أنه " ١ - يشترط في عقود المعاوضات المالية ، أن يكون المحل معيناً تعيناً نافياً للجهالة الفاحشة بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت العقد أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة .

٢ - وإذا كان المحل معلوماً للمتعاقدين فلا حاجة إلى وصفه وتعريفه بوجه آخر.

٣ - وإذا لم يعين المحل على النحو المتقدم كان العقد باطلاً " .

وبمقارنة هذا النص مع نص المادة ٤٩١ من قانون المعاملات المدنية نجد أن

(١) ابن عابدين المرجع السابق ج٢ ص ٥٣٠ .

كليهما عنى بتعيين المبيع باعتباره شرطاً في محل العقد وهو هنا عقد البيع لا بمعنى العلم بالمبيع المذكور في القانون المدني المصري (م ٤١٩ مدني مصري) .

وبيان ذلك أن نص المادة ٤٩١ قد جاء مباشرة بعد نص المادة ٤٩٠ التي تتحدث عن المبيع المعين وطرق تعيينه وقد ذكرناها سابقاً وبينا كيف أنها استمدت من المجلة - كما ذكرت المذكرة الإيضاحية - وكذلك فإن المادة ٤٩١ مستمدة من المادة ٢٠٣ من المجلة المذكورة أنفاً .

ولايعني التشابه في بعض ألفاظ النص مع النص المصري الاتفاق معه فيما يرمي إليه ، حيث قياسه على نص المادة ٢٠٣ من المجلة أولى باعتباره **المصدر** المادي والتاريخي الذي استمد منه النص . وكلمة العلم كما أوضحنا سالفاً إنما قصد بها التعيين [1] . وهذا ما نفهمه من قول العلامة علي حيدر في شرح المجلة - المستمد النص منه -" وكذا إذا باع حصته في دار وكان المشتري عالماً بمقدار تلك الحصة فالبيع صحيح عند محمد ولو كان البائع لايعرف مقدار حصته فيها ، إلا أنه إذا كان في البيع غبن وتغرير ثبت للبائع خيار الغبن والتغرير "[2] .

فنص المادة ٤٩١ لايخرج عن قواعد تعيين المبيع ، ونوضح بداية قول المقنن "

---

(١) ولقد فطن إلى ذلك واضعوا المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي حيث جاء فيها الآتي " وقد قننت المجلة أحكام العلم بالمبيع (والمقصود بها تعيينه) ، في المواد من ٢٠٠ إلى ٢٠٤ ، كما قننت أحكام خيار الرؤية أخذاً عن الفقه الحنفي في المواد من ٣٢٠ إلى ٣٣٥ ، كذلك فعل التقنين الأردني (المواد من ١٨٤ - ١٨٨ والمادتان ٤٦٦ و ٤٦٧) أما التقنين المصري فقد عمد إلى التوفيق بين أحكام خيار الرؤية في الفقه الحنفي وبين القواعد العامة المتعلقة بتعيين المبيع ، فأوجب في المادة ٤١٩ أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً - وهو مايتحقق بالرؤية أصلاً - ولكن يغني عن الرؤية إما وصف المبيع وصفاً كافياً - وإما إقرار المشتري في العقد بأنه عالم بالمبيع وأخذت بذلك غالبية التقنينات العربية ، المذكرة الإيضاحية الكويتية للقانون المدني ص ٣٦٥ .

(٢) علي حيدر ج١ ص ١٥٣ .

إذا ذكر في عقد البيع بأنه لايفهم من هذه الصياغة أن المفهوم هو المحرر الكتابي الذي يثبت فيه الاتفاق على البيع ، برغم ماتوجبه صيغة النص بهذا الفهم لأن البيع عقد رضائي لايلزم لاتمامه أي شكل من الأشكال ولو كان مجرد الكتابة " (١) .

أما أنه إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً فلا يحق له طلب إبطال العقد لعدم العلم وفقاً لنص المادة ٤٩١ ، فإن المقصود به أن المشتري إذا علم بالمبيع قبل العقد علماً كافياً يزيل الجهالة الفاحشة وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٠٣ من قانون المعاملات المدنية ، فليس له أن يتمسك بإبطال العقد لعدم تعينه . فالعلم بالمبيع من قبل المشتري يعد طريقاً من طرق تعيين المبيع إذ تعيين المبيع يتم بإعلام من قبل البائع الذي يفترض أصلاً أنه عالم بما يبيع لمن ليس له معرفة بالشيء المبيع ، سواء تم هذا الاعلان بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص أو ببيان الأوصاف المميزة له و وذلك كله مالم يكن المشتري عالماً به عن طريق رؤيته السابقة . بل والعلم بطريق الرؤية السابقة هو أقوى الطرق للعلم والتعيين . إذ بهذه الطريقة فالمشتري ليس له أن يتمسك ببطلان العقد وفقاً لحكم القانون بل ليس له أن يتمسك بخيار الرؤية إذ يسقط خياره بالرؤية السابقة إذا لم يتغير المبيع أما إذا تغير المبيع فهنا ليس له التمسك بالبطلان بعد أن تعين تعيناً ينفي الجهالة الفاحشة بإقراره بالعلم وإن كان خياره يظل قائماً بحيث يحق له فسخ العقد بناء على حق خيار الرؤية . وفي ذلك يقول الكاساني : " وإن كان المشتري لم يره وقت الشراء ولكن كان قد رآه قبل ذلك نظر في ذلك إن كان المبيع وقت الشراء على حاله التي كان عليها لم تتغير ، فلا خيار له لأن الخيار ثبت معدولاً به عن الأصل وقد رآه فلا يثبت له الخيار وإن كان قد تغير عن حاله ، فله الخيار لأنه إذا تغير عن حاله فقد صار شيئاً آخر فكان مشترياً شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه " (٢) .

(١) د. جميل الشرقاوي ، عقد البيع ، ص ٣٣ .

(٢) البدائع ج٥ ص ٢٩٣ .

أمـا مـاورد في المادة ٤٩١ من أن المشـتري " لايحق له طلب الإبطال " فـهـو عيب في صياغـة النص ، يوحي بقابليـة العقـد للابطال ونعلم أن قـانون المعـامـلات المدنيـة لم يأخذ بهذه النظرية ، فلذلك نقول أنه يتوجب تعديل النص بحيـث يقـال " بأنه لايجـوز لــه أن يتمسك بالبطلان لعدم التعيين " وقد علم به في السابق قبل إبرام العقد .

ولايمكن أن يفيد هذا النص أن المشتري قد قرر إسقاط حقه بإقرار العلم بالمبيع. إذ كمـا قلنا فإن خيـار الرؤية لايسقط بالإسقـاط (م ١/٢٢٩ معـامـلات مدنيـة) إذ هنا يكون المشتري قد تنازل عن حقه في الخيار وهو تنازل سابق على قيام الحق فيه.

فـأمـا مـاورد في عـجـز نص المادة ٤٩١ من القول " إلا إذا أثبت أن البـائع قـد غرر به " ، فهو يتعلق بحالة ما إذا كان المشتري قد ذكر أنه عالم بالمبيع ، إلا أنه يتـبين أن ذلك قـد تم تحت تأثيـر التـغـرير وأنه قـد صاحب هذا التـغـرير غبن فـاحش. وفي هذه الحالة يكون للمشـتري الحق في فسخ العقـد ، إلا أن الفسخ هنا لايتم بنـاء على خيار الرؤية بل بناء على خيار الغبن والتـغرير وفقاً لنص المادة ١٨٧ من قـانون المعاملات المدنيـة والتي تنص على أنه " إذا غـرر أحد المتـعـاقـدين بالآخر وتحقق أن العقد تم بغبن فاحش جاز لمن غرر به فسخ العقد " [١] .

ونحن نرى أنـه يجب هنا أن لايسـتبـعـد تطبيـق أحكام خيـار الرؤية في حالـة ما إذا لم يكن الغبن الذي صـحب التـغـرير فـاحـشـاً خـاصـة أن نص المادة ٤٩١ لم يقـرن

(١) وقد نصت المادة ٥٣٧ من المجلة على أنه إذا غر أحد المتبايعين الآخر وتحقق أن في البيع غبناً فاحشاً للمغبون أن يفسخ البيع حينئذٍ ، وفي شرح علي حيدر لهذه المادة يقول : " أن اجتماع الغبن الفاحش والتغرير يوجب الخيار وفسخ البيع فعلته ، فالغبن الفاحش منفرداً لايستلزم الخيار وفسخ البيع ، كما أن وجود التغرير لوحده لايستلزم الخيار ويسمى الذي يكون على هذا الوجه بخيار الغبن والتغرير في شرح المجلة ج١ ص ٣٤١ .

التغرير بالغبن . وتعضيداً لقولنا بأنه إذا كان تغير المبيع في حالة البيع بناء على رؤية سابقة يجوز للمشتري الحق في الفسخ بناء على خيار الرؤية ، فهنا من باب أولى إذا صاحب البيع تغريراً من جانب البائع وكان هذا التغرير هو الذي حمل المشتري على إتمام البيع بمعنى أنه إذا كان البائع قد اطلع المشتري على شيء أوهمه بأنه هو المبيع أو أوهمه أن الشيء الذي كان قد سبق له رؤيته هو نفسه المبيع ، ثم اتضح خلاف ذلك إذا أثبت المشتري هذا كان له مع ذلك خيار الرؤية ، لأن ذكره أنه عالم بالمبيع لم يحصل إلا بتدليس من البائع .

العلم الكافي في أحكام الإيجار :

٥٠ - وماقلناه سابقاً ينطبق أيضاً على عقد الإيجار ، فقد ورد في المادة ٧٤٦ من قانون المعاملات المدنية على أنه " يشترط في المنفعة المعقود عليها : .. ب - وأن تكون معلومة علماً كافياً لحسم النزاع ، وهي تطابق المادة ٤٥١ من المجلة والتي جاء فيها " يشترط في الإجارة أن تكون المنفعة معلومة على وجه يكون مانعاً للمنازعة " .

فيشترط في الاجارة أن تكون المنفعة معلومة بوجه يكون مانعاً للمنازعة وعلى ذلك إن كانت المنفعة مجهولة بحيث تؤدي إلى المنازعة فإنها تكون فاسدة [١] .

ويختلف العلم بالمنفعة باختلاف أنواع الإجارة ، ففي إيجارالدور والحوانيت يتم العلم ببيان مدة الإجارة وفي الحيوان ببيان مايستؤجر له وفي استئجار الأراضي إذا كانت للزراعة ببيان مدة الإيجار ومايستأجر له ... وهكذا [٢] .

وكذلك نص المادة ٧٤٧ معاملات مدنية أنه " يجب أن يكون ماتستوفي منه

(١) علي حيدر شرح المجلة ج١ ص ٤٢٧ .

(٢) علي حيدر المرجع السابق ص ٤٢٨ .

المنفعة معلوماً إما بمعاينته أو بذكر محله المعين أو بوصفه وصفاً بيناً وإلا بطل العقد " والمقصود بهذا النص تعيين محل عقد الإيجار الذي تستوفي منه المنفعة إما عن طريق العلم به حقيقة أو أن يذكر في العقد محله المعين له أو بوصفه وصفاً بيناً واضحاً لا إيهام فيه ، ويترتب على عدم العلم بإحدى الطرق التي ذكرها النص بطلان العقد ، والرأي في الفقه الحنفي أن الإجارة فاسدة لجهالة المأجور [١] .

أما خيار الرؤية ، فلو توافرت هذه الأوصاف وفقاً للمادة ٧٤٧ ، فإذا كان العلم عن طريق المعاينة سقط حقه في الرؤية باعتبار أن المعاينة أو الرؤية السابقة على العقد تسقط حقه في خيار الرؤية إذا لم تتغير العين المعقود عليها .

المطلب الثالث
خيار الرؤية وبعض الصور التي وردت في أحكام البيــع

٥١ - رغم تعرض قانون المعاملات المدنية لأهم الخيارات التي وردت في الفقه الاسلامي في نظريته العامة ، إلا أنه قد خص بعض الصور التي قد تقع في تطبيقات العقود خاصة عقد البيع بأحكام أو ردها في تنظيمه لعقد البيع بشكل تفصيلي مستقل كالبيع بالأنموذج والبيع بشرط المذاق ونريد هنا أن نتعرض لتفصيلاتها مع بيان مدى توافقها مع الخيار وهل كان على القانون أن يوردها أم كان من الأفضل الاكتفاء بأحكام الخيار في النظرية العامة .

---

(١) علي حيدر ج١ ص ٤٣٥ .

الفرع الأول
البيــــع بالأنمــوذج

المقصود به وحكمه في الفقه الاسلامي :

٥٢ - البيع بالأنموذج هو البيع الذي يقدم فيه البائع إلى المشتري جزءاً مأخوذاً من المبيع كعينة على باقيه ، ويكون هذا الجزء مطابقاً لباقي المبيع في جميع صفاته وخصائصه ، ويعد النموذج وسيلة من الوسائل التي يلجأ إليها المتعاملون كطريقة ميسرة لتعيين المبيع والعلم به علماً كافياً [1] .

فالنموذج يغني عن تعيين المبيع بأوصافه فبمضاهاة المبيع على النموذج يتبين إن كان البائع قد نفذ التزامه تنفيذاً سليماً فيما يتعلق بجنس المبيع ونوعه وجودته وغير ذلك من الأوصاف التي يتميز بها . وهي في ذات الوقت تغني عن رؤية المبيع ، إذ أن المشتري برؤيته للعينة يكون في حكم من رأى المبيع [2] .

ولقد عرف الفقه الإسلامي البيع بالنموذج وتسميته مأخوذة من هذا الفقه الاسلامي . أما القوانين العربية فتطلق عليه البيع بالعينة ، وقد اختلف الفقه في حكمه إذ ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية إلى جوازه في بيع المثليات ويعتبرون رؤية الجزء من المبيع تقوم مقام رؤية باقي المبيع ، لأن الأصل أن رؤية جزء الشيء تدل على باقيه [3] .

---

(١) د. عبدالله العلفي أحكام الخيارات رقم ٢٢٩ .

(٢) د. السنهوري عقد البيع رقم ١٢٤ .

(٣) ابن نجيم البحر الرائق ج٦ ص٣١، الزيلعي تبيين الحقائق ج٤ ص ٢٦ . شرح فتح القدير الكمال ابن الهمام ج٦ ص ١٤٣ .

إن بيع النموذج هنا مسقط للحق في خيار الرؤية ، أو بالأحرى مانع من قيام هذا الخيار ، باعتبار أنه رأى عين المبيع وقد جاء في المبسوط القول الآتي " فأما السمن والزيت والحنطة فلا خيار له (أي للمشتري) إذا اشتراها بعد رؤية بعضها ، لأن المكيل أو الموزون من جنس واحد لايتفاوت ، فبرؤية البعض يصير صفة مابقي منه معلوماً ، والأصل أن كل مايعرض بالنموذج فرؤية جزء منه يكفي لاسقاط الخيار فيه وما لايعرض بالنموذج فلا بد من رؤية كل واحد منها لاسقاط الخيار "[1] .

ويقول كذلك ابن عابدين في حاشيته : " يبقى شيء لم أر من نبه عليه ، وهو ما لو كان المبيع أثواباً متعددة ، وهي على نمط واحد ولاتختلف عادة ، بحيث يباع كل واحد منها بثمن متحد ويظهر لي أنه يكفي رؤية ثوب منها ، إلا إذا ظهر الباقي أردأ وذلك لأنها تباع بالنموذج في عادة التجار ،فإذا كانت ألواناً مختلفة ينظرون من كل لون إلى ثوب واحد ، بل يقطعون من كل لو قطعة قدر الإصبع ويلصقون القطع في ورقة ، فيعلم حال جميع الأثواب برؤية هذه الورقة "[2] .

والأحناف بذلك يجعلون أن رؤية النموذج مسقطة لحق خيار الرؤية إذا كان المبيع مطابقاً للنموذج ، أما إن كان مخالفاً له بأن كان المبيع أقل جودة من النموذج فيكون للمشتري حق الخيار[3] .

---

(١) المبسوط للسرخسي ج٣ ص ٧٢ .

(٢) حاشية ابن عابدين ج٢ ص ٥٩٧ ، البابرتي في شرح العناية مع فتح القدير ج٥ ص ١٤٢ - ١٤٣ .

(٣) شرح فتح القدير ج٦ ، الكمال بن الهمام ص ١٤٣ ، البابرتي ص ١٤٢.

وقد ذهب البعض من فقهاء الأحناف إلي القول بأن هذا الخيار قد يكون خيار عيب لاخيار رؤية وذلك إذا وصل الإختلاف بين النموذج والمبيع إلى حد يجعل المبيع معيباً [1] .

والمالكية كذلك يقرون هذه الصورة من البيوع ونهجوا نهج الحنفية فيه . وقد أجازوا هذا البيع في السلع المثلية في ظاهر المذهب والبعض منهم أجاز هذا البيع في المثلي والقيمي فقد ورد في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير " أنه إذا جاز البيع برؤية المثلي أي بسبب رؤية بعض المثلي سواء كان البيع بتاً أو على الخيار ولو جزافاً كما مر أن رؤية البعض كافية بخلاف المقوم (أي القيمي) كعدل مملوء من القماش . . وقال ابن عبدالسلام أن الروايات تدل على مشاركة المقوم للمثلي في كفاية رؤية البعض إذا كان المقوم من صنف واحد . والراجح الأول (أي المثلي فقط) " [2] .

وكذلك أجاز الشافعية بيع الأنموذج في أصح الأقوال عندهم إذا كان المشتري قد رأى النموذج منفصلاً عن المبيع وكان من المثليات ، بشرط أن يذكر في العقد أن البيع تم بالنموذج ، وأن يدخل النموذج في المبيع في أصح الآراء عندهم [3] .

أما الحنابلة فلم يجيزوا بيع النموذج عندهم وقد جاء في كشاف القناع " ولايصح بيع النموذج - وهو مايدل على صفة الشيء - بأن يريه صاعاً مثلاً من

---

(١) فتح القدير ج٦ ص ١٤٣ ، أحمد الشلبي في حاشية الشلبي على كنز الدقائق ج٤ ص ٢٦ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير محمد عرفة الدسوقي ج٣ ص ٢٤ كذلك ابن رشد الجد المقدمات ج٢ ص ٥٦٣ .

(٣) النووي المجموع شرح المهذب ج٩ ص ٢٩٨ .

صبرة ويبيعه الصبرة على أنها من جنسه فلا يصح لعدم رؤية المبيع وقت العقد"[1] .

ولقد أنكر ابن حزم على من أجاز بيع النموذج وشدد في عبارته عليهم [2] .

البيع بالانموذج في قانون المعاملات المدنية :

٥٣ - نصت المادة ٤٩٢ من قانون المعاملات المدنية على أنه " ١ - إذا كان البيع بالنموذج تكفي فيه رؤيته ويجب أن يكون المبيع مطابقاً له .
٢ - فإذا ظهر أن المبيع غير مطابق للنموذج كان المشتري مخيراً بين قبوله أو رده".

وقد أجاز قانون المعاملات البيع عن طريق النموذج في الأشياء المعينة بالنوع التي يحدد مقدارها بالكيل أو الوزن أو العد وفي الأشياء المعنية بالذات (م٤٩٣ /٢٢١ معاملات مدنية) [3] .

---

(١) البهوتي كشاف القناع عن متن الاقناع ج٣ ص ١٦٣ .

(٢) المحلى ج٨ ص ٣٩٥ - ٣٩٦ .

(٣) ولقد ذهب الدكتور عبدالخالق حسن إلى أن " البيع بالنموذج ليس ماقصدناه أو قصده الفقه وإنما هو عبارة عن ورقة مكتوبة مذكور فيها الوصف للمبيع والتي اتفق عليها كل من البائع والمشتري - عقد البيع (قانون المعاملات المدنية) ص ٤٥ . وقد يكون القصد من ذلك مايذهب إليه المالكية من البيع على البرنامج . وقد جاء في الشرح الصغير على أقرب المسالك (وعلى رؤية البرنامج بفتح الباء وكسر الميم : الدفتر المكتوب فيه صفة ما في العدل من الثياب المبيعة ، أي يجوزأن يشتري ثياباً مربوطة في العدل معتمداً فيه على الأوصاف المذكورة في الدفتر ، فإن وجدت على الصفة لزم ، وإلا خُيِّر المشتري ، إن كانت أدنى صفة ، فإن وجدها أقل عدداً وضع عنه من الثمن بقدره ، فإن كثر النقص أكثر من النصف لم يلزمه ورد به البيع ، فإن وجدها أكثر عدداً كان البائع شريكاً معه بنسبة الزائد وقيل يرد مازاد ، قال ابن القاسم : والأول أحب إليَّ " ج٣ ، ص ٤١ وكذلك القوانين الفقهية لابن جزي ، ص ١٧٠ ولكن من الواضح أن البيع بالنموذج ليس هو البيع على رؤية البرنامج سواء عند الفقهاء أو كذلك باستقراء النصوص القانونية "

ونرى أن الخيار في هذا البيع ليس أساسه خيار الرؤية ، لأن المشتري سبق أن رأى المبيع برؤيته للنموذج المطابق له ، وإنما أساس هذا الخيار هو تخلف الوصف لأن البائع عند تقديمه النموذج إلى المشتري ضمن له توافر صفات معينة في المبيع تطابق الصفات الموجودة في العينة . فإن جاء المبيع مخالفاً للنموذج ، كان معنى ذلك عدم توافر الأوصاف التي على أساسها ارتضى المشتري بالبيع [١] . والجزاء المترتب فيه وهو إما أخذ المبيع بثمنه أورده يوافق الجزاء المترتب في خيار الوصف في الفقه الإسلامي .

وجوب مطابقة المبيع للنموذج :

٥٤ - إن البيع عن طريق النموذج يقتضي أن يكون المبيع موافقاً في أوصافه للنموذج الذي وقع البيع على أساسه وسبب ذلك أن المشتري لم يقدم على الشراء إلا على أساس أن النموذج يمثل المبيع بل هو المبيع ذاته بصورة مصغرة .

فإذا جاء المبيع مطابقاً للنموذج كان البائع قد وفَّى بالتزامه وبرئت ذمته منه أما إذا كان مخالفاً للنموذج كان للمشتري الحق في خيار الوصف ومضمونه إما رد المبيع أو أخذه بجميع الثمن دون أن يلتزم البائع بانقاص الثمن مقابل الوصف الفائت [٢] .

وقد صور الأستاذ الزرقا هذه المسألة تصويراً جميلاً بتحليله لنص المادة ١/٣٨٨ من القانون المدني السوري والمقابلة للمادة ٤٩٢ معاملات مدنية إماراتي "

---

(١) د. الزرقا عقد البيع رقم ٤٧ ، د. عبدالناصر توفيق العطار عقد البيع رقم ٢١ ص ٤٥ . د. عبدالله العلفي أحكام الخيارات رقم ٢٣٠ .

(٢) فتح القدير ج٥ ص ١٣٦ ، المغني ج٤ ص ٨٣٩ .

وهي التي تنص على أنه إذا كان البيع بالعينة (بالنموذج) وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها " ، فقال : " فتفيد هذه الفقرة بمفهومها ثبوت خيار الوصف للمشتري عند عدم مطابقة المبيع لنموذجه ، كما تشعر بسياقها أنه إذا جاء المبيع مطابقاً للنموذج كان المشتري ملزماً به ، أي لايثبت له فيه خيار رؤية ، لأنه يعتبر عالماً بالمبيع العلم الكافي بطريق المشاهدة " [1] .

ونرى إلى جانب هذا ، أنه مع تطلب الأمر المطابقة ، فإنه يجب عدم التعسف في استعمال هذا الحق ، بمعنى أنه إذا كان المطلوب تمام المطابقة في الأصل فإنه قد يتجاوز عن الإختلاف الطفيف بين النموذج والمبيع متى توافرت الخصائص التي قصدها المتعاقدان وأن هذاالاختلاف لايؤثر على قيمة المبيع إن تصرف به ومرجع تقدير ذلك إلى قضاء الموضوع [2] .

احكام اختلاف المتبايعين في البيع عن طريق النموذج :

٥٥ - نصت المادة ٤٩٣ من قانون المعاملات المدنية على أنه " ١- إذا اختلف المتبايعان في مطابقة المبيع للنموذج وكان الأنموذج والمبيع موجودين فالرأي لأهل الخبرة وإذا فقد النموذج في يد أحد المتبايعين فالقول في المطابقة أو المغايرة للطرف الآخر مالم يثبت خصمه العكس ·

٢- وإذا كان الأنموذج في يد ثالث باتفاق الطرفين ففقد وكان المبيع معيناً بالذات ومتفقاً على أنه هو المعقود عليه فالقول للبائع في المطابقة مالم يثبت المشتري العكس وإن كان المبيع معيناً بالنوع أو معيناً بالذات وغير متفق على أنه

---

(١) د· الزرقا عقد البيع رقم (٤٨) ·

(٢) قارن د· السنهوري رقم ١٢٥ ·

هو المعقود عليه فالقول للمشتري في المغايرة مالم يثبت البائع العكس " .

إذا كان هذا النوع من البيع يتم بمطابقة المبيع للنموذج الذي قدمه البائع إلى المشتري كعلامة على باقي المبيع .. إلاأنه من المتصورأن يختلف المتعاقدان حول مطابقة المبيع للنموذج وقد يكون النموذج موجود وقد يفقد .

ففي الفرض الذي يختلف فيه البائع والمشتري حول مطابقة المبيع للأنموذج ، والأنموذج موجود لدى أحد المتعاقدان أو شخص ثالث دون أن يختلفا حول ذاتيته ، فالحسم في هذا الخلاف يتم عن طريق مقارنة المبيع بالنموذج عن طريق أهل الخبرة . وهذا مايدخل في نطاق اختصاص قاضي الموضوع .

أما الفرض الآخر وهو حالة فقد النموذج ممن كان بيده وقد واجه قانون المعاملات المدنية هذه الحالة بحلول نص عليها في المادة ٤٩٣ معاملات .

فإذا فقد النموذج بيد أحد العاقدين سواء كان بائعاً أم مشترياً ، فإنه يجعل عبء إثبات مطابقة أو عدم مطابقة المبيع للنموذج المفقود ، عليه . وقبل إثباته يكون قول خصمه هو المعتبر في المطابقة أو عدمها . فإذا فقد في يد المشتري كان القول قول البائع في المطابقة حتى يثبت المشتري العكس . وإذا فقد في يد البائع كان القول قول المشتري في المطابقة حتى يثبت البائع العكس .

ومن الواضح أن هلاك النموذج مثل فقده في الحكم (رغم أن المشرع لم يتطرق لمسألة الهلاك) وتسري عليه الأحكام الآنفة الذكر حتى لو كان الهلاك بسبب أجنبي كقوة قاهرة لأنه هو المسئول عن حفظه [١] .

---

(١) د. الزرقا البيع رقم ٤٩ .

ويبدو أن المشرع الاماراتي قد جعل عبء الإثبات في الصور السابقة كتبعة جزائية على من فقد أو هلك النموذج في يده " أياً كان سبب الفقد أو الهلاك ذلك لأنه من غير المعقول أن يلزم أحد المتعاقدين بدعوى خصمه في المطابقة أو المخالفة مع أنه لم يكن له يد في هلاك النموذج أو فقده .

٥٦ - أما إذا كان المتعاقدان قد عمدا إلى وضع النموذج لدى شخص ثالث منعاً للاختلاف فيما بعد على ذاتيته ، وفقد النموذج من يد هذا الشخص أوهلك ففي الأمرتفصيل :

فإذا كان المتبايعان متفقين على ذاتية المبيع أنه هو هذا المال الذي يريد البائع تسليمه ولكنهما مختلفان في مطابقته للنموذج المفقود فالمعتبر هو قول البائع في المطابقة ، وعلى المشتري أن يثبت العكس والمغايرة ، ليكون له حق الرد . لأنه بعد الإتفاق على المبيع المعين بالذات الذي شوهد نموذجه ، لايستحق الفسخ إلا بثبوت سببه ، وهو مايقع على المشتري إثباته .

أما إذا كان المبيع معيناً بالنوع أو معيناً بالذات وغير متفق على أنه هو المعقود عليه فالقول المعتبر هو قول المشتري في المغايرة ، وعلى البائع أن يثبت المطابقة ، لأن المشتري في هذه الحالة منكر كون ما أحضره البائع هو المبيع ، أو كونه النوع المتفق عليه . فلا يثبت أنه هو إلا بالإثبات ، فيكون للمشتري حق الرد إلا أن يثبت البائع المطابقة [١] .

٥٧ - قد يكون المبيع مطابقاً لنموذج محفوظ في يد أحد المتبايعين ولكن الآخر يزعم أن النموذج الحاضر هو غير النموذج المتفق عليه حين العقد فهنا الإختلاف

(١) انظر الزرقا عقد البيع رقم ٥٢ ، وكذلك انظر حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٥٩٧ و ٥٩٨ .

يكون حول ذاتية النموذج . هل هو النموذج الذي تعاقدا على أساسه أم لا ؟ فعلى من يقع عليه عبء الإثبات ؟

بالرجوع إلى القواعد العامة للإثبات في قانون المعاملات المدنية نراها تقضي بأن من يؤتمن على النموذج مصدق بقوله سواء أكان البائع أم المشتري وعلى الطرف الآخر أن يثبت العكس . فقد نصت المادة ١١٨ من قانون المعاملات المدنية في خصوص قواعد الإثبات أن " البيّنة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لابقاء الأصل " ذلك لأن المؤتمن على النموذج يؤيده ظاهرالحال وإنكار الآخر للنموذج في ذاتيته هو أمر خلاف الأصل فلا بد من أن تكون البينة منه لإثبات خلاف الظاهر (١) ، وكذلك القاعدة التي تقول أن " الأصل في الصفات العارضة العدم " (م ٣٨ معاملات) . فمن كان مؤتمناً على النموذج وقد أحضره فهو أصل ومن يدعى أن هذا النموذج مغاير لما قد اتفق على حفظه فيدعى صفات عارضة والأصل فيها العدم ومن يدعيها عليه إثباتها .

الفرع الثاني
البيع بشرط المذاق

٥٨ - نصت المادة ٥٠١ من قانون المعاملات المدنية على أنه " تسري أحكام البيع بشرط التجربة على البيع بشرط المذاق إلا أن خيار المذاق لايورث ويعتبر البيع باتاً " .

---

(١) علي حيدر شرح المجلة ج١ ص ٦٧ .

إن من المبيع مالايدرك كنهه ونعرف خصائصه إلا عن طريق ذوقه كالزيت والزيتون والخل وأنواع الألبان والأجبان والفواكه والخضار ونحو ذلك من المأكولات والمشروبات التي تختلف فيها أذواق الناس فهو يرجع إلى ماجرت عادات الناس على ذوقه ، ويكون لقاضي الموضوع تقدير ما إذا كانت العادة بين الناس قد جرت عليه [1] .

ووفقاً للنص المذكور فأنه إذا بيع شئ من ذلك فالعقد نافذ لازم إلا إذا اشترط المشتري حقه في تجربة الشيء عن طريق المذاق . وقد عدى المشرع أحكام البيع بشرط التجربة إلى البيع بالمذاق . ومعنى ذلك أن يكون شرط المذاق شرطاً إرادياً محضاً كما في البيع بشرط التجربة ، فيكون للمشتري الحق في القبول أو الرفض بعد الذوق .

ويكون للبيع بشرط المذاق مدة معلومة لاختبار المبيع وإذا لم يحددا مدة معلومة فإنها تحمل على المدة المعتادة . إذا هلك المبيع في يدالمشتري بعد تسلمه لزمه أداء الثمن المسمى للبائع ، أما إذا هلك قبل التسليم بسبب لايد للمشتري فيه فيكون مضموناً على البائع .

ومادام شرط التجربة عن طريق الذوق هو شرط إرادي محض مقرر لمصلحة المشتري فيكون من حقه أن يجيز البيع أو يرفضه حتى قبل تذوقه (م ٤٩٥ /١).

وعلى البائع التزام تمكين المشتري من تذوق المبيع .. وإذا رفض المشتري المبيع كان عليه إعلام البائع بقراره وإلا اعتبر سكوته قبولاً منه .

---

(١) د. السنهوري المرجع السابق رقم ٧٣ . دتوفيق حسن فرج عقد البيع رقم ١٠٥ .

إلا أن المشرع لم يُجز انتقال الحق في خيار التذوق للورثة وإنما إذا مات المشتري خلال الفترة المحددة لتجريب المبيع عن طريق التذوق فيها ولم يفصح عن إرادته بالقبول أو الرفض فإن العقد يصبح باتاً . إذ اعتبر المشرع الحق هنا حق إرادياً محضاً قائماً على المشيئة وهو في حقيقته لايختلف عما أقره في خيار البيع بشرط التجربة .

٥٩ - والواقع أن واضعي القانون قد أخطئوا خطئاً واضحاً في الانسياق وراء القوانين العربية الأخرى في إجراء حكم البيع لشرط التجربة على البيع بالمذاق ، دون النظر فيما اختطه من منهج في تقنينه للفقه الإسلامي . فقد نص القانون على أحكام خيار الرؤية كما هي في الفقه الإسلامي (م ٢٢٦ - ٢٣٠ معاملات مدنية) ولقد علمنا عند تعريفنا لمعنى الرؤية في الخيار أن المراد بها ماهو أعم من معناها اللغوي ، وهو العلم بالمقصود الأصلي من العقد بأي حاسة من الحواس سواء كان بالشم أو بالذوق أو باللمس أو بالنظر . فتكون بالشم في المشمومات كالروائح ، وبالذوق في المذوق كالأطعمة ، وباللمس في الأشياء التي لاتعرف حقيقتها إلا بالجس واللمس كما في بعض أنواع الأقمشة ، وبالإبصار فيما لايحتاج إلى شيء آخر كالبناء والحبوب .

فالذوق إذن هو صورة من صور خيار الرؤية كما أوردها فقهاء الشريعة الإسلامية . وهو في هذه الحالة لايثبت للمشتري عن طريق اشتراطه - خلافاً لما جاء في نص المادة ٥٠١ وإنما يثبت بمقتضى الشرع -أي بحكم القانون- حتى لو لم يشترطه المشتري (م ٢٢٦ معاملات) .

ولكونه يثبت شرعاً ، فلا يجوز التنازل عنه قبل ثبوته ، فهو بمثابة حكم أمر لا

يجوز الاتفاق على خلافه ، إذ نصت المادة ٢٢٩ من المعاملات المدنية على أنه " لايسقط خيار الرؤية بالإسقاط " ونصت المادة ٣١ معاملات على أنه " مايثبت بنص آمر يقدم على ماوجب بالشرط " .

ومن ثم فوفقاً لنص المادة ٥٠١ معاملات إذا لم يشترط المشتري الحق في التذوق ، أو اشترط وأجاز العقد قبل تذوقه كان العقد لازماً . إما وفقاً لقواعد خيار الرؤية والذي يعد خيار التذوق من صوره ، فإن العقد لايلزم حتى يتذوق ويجيز العقد ، ولذا نقول أن نص المادة ٥٠١ يعد لغواً لمخالفته أحكام خيار الرؤية الذي هو خيار قانوني وليس خياراً اتفاقياً . ولا بد من حذف نص المادة ٥٠١ مادمنا قد أخذنا بأحكام خيار الرؤية كما هي في الفقه الإسلامي .

وإذا قيل أن نص المادة ٥٠١ يعد نصاً خاصاً في مقابلة النص العام الخاص بأحكام خيار الرؤية . فالرد هو أن النصين وضعا لمصلحة المشتري (أي المستهلك هنا) بحيث يوفرا الحماية اللازمة له في حالة شرائه شيئاً لم يره أو يتذوقه ولكن الحماية المتوفرة عن طريق نصوص خيار الرؤية أقوى . وتحقق له فائدة أكبر بحيث لو لم يشترطه يثبت له هذا الحق .

الفصل الثاني
أثر تحقق الرؤية على العقد

٦٠ - إذا كان المشرع الاماراتي قد انحاز إلي الفقه الحنفي في حصر أثر تخلف الرؤية على العقد في جعل العقد غير لازم ، دون أن يكون له أي أثر خاص على صحته ونفاذه ، مادام المعقود عليه قد تعين علي نحو يميزه عن غيره ، على الرغم من عدم تحقق رؤيته ، فإن التساؤل يثور حول أثر تحقق رؤية المعقود عليه بعد التعاقد على العقد. وهذا مانتناوله في مبحثين نعرض منهما لثبوت خيار الرؤية ، ثم لأثرهذاالخيار على مصير العقد الذي يثبت فيه .

المبحث الأول
ثبوت خيار الرؤية

٦١ - إذا كان الأثر المباشر لعدم رؤية المعقود عليه هو عدم لزوم العقد ، فإن عدم اللزوم هو مقتضى اقتران العقد بخيار الرؤية .

وقد جاء خيار الرؤية على خلاف القياس من نفاذ العقود ولزومها إعمالاً لقوله تعالى : " يأيها الذين أمنوا أوفو بالعقود "[١] . وقوله تعالى " وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا " [٢]. ومن هنا كان من اللازم رسم حدود هذا الاستثناء ، من حيث الرؤية المثبتة للخيار ومن يثبت له ، والعقود التي يثبت فيها ، ومن يثبت له

(١) الآية (١) من سورة المائدة .

(٢) الآية (٣٤) من سورة الاسراء .

من العاقدين ، والوقت الذي يثبت فيه . وهذا مانتناوله في مطالب أربعة على التوالي :

المطلب الأول
الرؤية المثبتة للخيار

معنى الرؤية :

٦٢ - يتضح مما تقدم أن الرؤية قد تتم قبل التعاقد ، فيترتب عليها أن يصير العقد لازماً لامجال للتحلل منه ، وقد لاتتم قبل التعاقد وإنما يتحقق بعد انعقاد العقد ، فيترتب على تخلفها قبل التعاقد أن يصبح العقد غير لازم ، ويترتب على تحققها بعد التعاقد خيار للمتعاقد في امضاء العقد أو التحلل منه [١] .

وفي كلتا الحالتين فإن الرؤية تأخذ معنى أعم من معناها اللغوي . فالرؤية هي الطريق الأصلي للعلم بالمعقود عليه . لكن هذا العلم يمكن أن يتحقق بأي حاسة من الحواس [٢] . لأن العلم بالشيء يكون بإدراك ذلك الشيء . فالرؤية هنا هي إذن من عموم المجاز وليست مستعملة في معناها الحقيقي [٣] . بل وفي حالة

---

(١) د. محمد مصطفى شلبي ، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه،١٩٨٥ ، ص ٦٢٠ . والشيخ أبوزهرة الملكية نظرية العقد ، ص ٣٩٩ فقرة ٢٣٧ .

(٢) جاء في الدرالمختار " أن المراد بالرؤية العلم بالمقصود من باب عموم المجاز فصارت الرؤية من أفراد المعنى المجازي ، فيشمل ماإذا كان المبيع مما يعرف بالشم كالمسك ، وماشتراه بعد رؤيته فوجده متغيراً ، وماشتراه الأعمى " ، ج٤ ، ص ٥٩٣ .

(٣) علي حيدر ، الكتاب الأول ، ص ٢٧٢ .

الرؤية بالعين فليس المقصود رؤية المبيع من جميع جهاته لأن ذلك متعذر [١] .

وعلى ذلك فالأشياء التي يتم العلم بالمقصود منها بالنظر والمشاهدة كالعقار وصبرة القمح والدواب يكتفي بالنظر إليها فإذا نظر بها لزم العقد . والأشياء التي تعلم باللمس كجس ظهر الشاة يكتفي فيها به لاستعمال الخيار بعده. ومايعرف بالشم كالمسك والطيب يكفي الشم ، وماكان مأكولاً سبيل معرفته الذوق كالعسل، والرؤية للطبل والمزمار اللذين يشتريان للجيوش يلزم سماعهما ولاتكفي رؤيتهما [٢] .

والمبيع قد يكون شيئاً واحداً أو أشياء متعددة فرؤية البعض تكفي لتوافر الرضى المنهي للخيار ، لأن رؤية الجميع قد تكون متعذرة [٣] .كما إذا كان المبيع ثوباً مطوياً فإن البائع يتضرر بانكسار ثوبه بالطي والنشر فيكتفي برؤية مايدل على

---

(١) الهداية شرح بداية المبتدىء علي ابن أبي بكر المرغيناني، ج٣ ص ١٣٣ ، شرح فتح القدير ، ج٦ ص ٣٤٢ .

(٢) د . عبدالستار أبوغدة ، الخيار وأثره في العقود ، ج٢ ، ص ٥٢١ . وكذلك على حيدر ، شرح مجلة الأحكام ، الكتاب الأول ، ص ٢٧٢ .

(٣) ويضرب صاحب فتح القدير مثالاً لذلك فيقول " كما إذا كان عبداً أو جارية فإن في رؤية جميع بدنهما رؤية عورتهما ، وذلك في العبد لايجوز أصلاً فسخ العقد أو لم يفسخ ، وفي الأمة لوفسخ العقد بخيار الرؤية بعد رؤية عورتها كان النظر في عورتها واقعاً في غير الملك لأن العقد ارتفع بالفسخ من أصله فصار كأنه لم يكن فكان النظر الواقع حراماً " ، ج٦ ، ص ٣٤٢ .

العلم بالمقصود على حسب اختلاف المقاصد [١] .

الرؤية في المثليات:

٦٣ - والواضح في المذهب الحنفي أن المثليات التي تكال أو توزن أو تعد والتي لاتتفاوت آحادها الأصل وفيها أن رؤية البعض تكفي عن رؤية الكل ، لأنه برؤية البعض يُعرف الباقي . وعلامة عدم التفاوت أن يعرض بالنموذج إلا أن يكون الباقي أردأ منها [٢]. فإذا اشترى شخص التمر على النخل ورأى بعض ثمركل نخلة فليس لذلك المشتري خيار الرؤية [٣] . وكذلك حال المغيب منها في الأرض كالجزر واللفت والبصل والثوم والفجل فبيعه جائز فإذا رأى المشتري نموذجاً منه بعد شرائه ورضي به ينظر فإن كان يباع وزناً أو كيلاً فإن رؤية البعض دون الآخر يبطل

---

(١) يقول في ذلك صاحب البدائع إذا رأى المشتري بعض المبيع وقت الشراء دون البعض الأمر في مجمله الكلام في جنس هذه المسائل أن المبيع لايخلو إما أن يكون شيئاً واحداً وإما أن يكون أشياء ، فإن كان شيئاً واحداً فرأى بعضه لايخلو أما إن كان مارآه منه مقصوداً بنفسه ومالم يره منه تبعاً (وأما) إن كان كل واحد منها مقصوداً بنفسه فإن كان مالم يره تبعاً لمارآه فلا خيار له سواء كان رؤية مارآه تفيد له العلم بحال مالم يره أولا تفيد لأن حكم البيع حكم الأصل فكان رؤية الأصل رؤية البيع . وإن كان مقصوداً بنفسه ينظر في ذلك إن كان رؤية مارأى تفيد له العلم بحال مالم يره فلا خيار له لأن المقصود العلم بحال الباقي . فكأنه رأى الكل وإن كان لايفيد له العلم بحال الباقي فله الخيار لأن المقصود لم يحصل برؤية مارأى مكانه لم ير شيئاً منه أصلاً فعلى هذا الأصل تخرج المسائل) ، بدائع الصنائع للكاساني ، ج٥ ، ص ٢٩٣ .

وجاء في المجموع لشرح المهذب للشيرازي الشافعي أنه " لورأى بعض المبيع دون البعض وهو مايستدل برؤية بعضه على الباقي صح البيع بلا خلاف، قال أصحابنا وذلك كصبرة الحنطة تكفي رؤية ظاهرها ولاخيار له إذا رأى بعد ذلك باطنها ، إلا إذا خالف ظاهرها " ، ج ٩ ، ص ٢٨٧ .

(٢) الهداية شرح بداية المبتدىء ج٣ ص ٣٣ ، شرح فتح القدير ج٦ ص ٣٤٣ والبابرتي شرح العناية بهامش فتح القدير ج٦ ص ٣٤٢ ومابعدها .

(٣) العلامة علي حيدر درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج١ ص ٢٧٤ .

خياره [١] .

أما المثليات التي تتفاوت آحادها نسبياً كالبيض والبطيخ والتفاح والرمان فقد اختلف الفقه الحنفي بشأنها حول ما إذا كان فيها يكفي رؤية البعض عن الكل ، أم لا ؟ فريق يذهب إلى أنه لاتكفي رؤية البعض عن الكل ، ويرون أنه لابد من رؤية كل واحد منها على اعتبار أن رؤية البعض لاتعرف بالباقي لتفاوت آحاده . وقد ذكر ذلك عن الكرخي [٢] . وفريق آخر يرى أنه يجب أن تخضع لحكم الأشياء غير المتفاوتة الآحاد كالحنطة والشعير . إلا أنهم بالنسبة للثياب والدواب اتفقوا مع الرأي الأول بأنه لابد من رؤية كل واحد منها [٣] .

الرؤية في القيميات :

٦٤ - أما في الأشياء القيمية فالمبدأ أنه لاتكفي رؤية البعض عن الآخر وهناك العديد من الأمثلة التي ساقها الفقه الحنفي في ذلك كما أوردها العلامة علي حيدر .

فخيار الرؤية لايقبل التجزئة في المبيع ، فإذا رأى بعض الأشياء المتفاوتة ولم ير الباقي قبل الشراء ثم اشترى الكل صفقة واحدة سواء أعين الثمن جملة أم تفصيلاً

---

(١) علي حيدر المرجع السابق ص ٢٧٦ .

(٢) شرح فتح القدير ج٦ ، ص ٣٤٢ ، علي حيدر المرجع السابق ، ج١ ، ص ٢٧٤ .

(٣) الهداية للمرغيناني ، ج٣ ، ص ٣٣ ، شرح فتح القدير ، ج٦ ، ص ٣٤٣ ، البابرتي شرح لعناية بهامش فتح القدير ، ج٦ ، ص ٣٤٢ ومابعدها ، وقد ذكر علي حيدر بأنه إذا اشترى شخص أحد الشيئين اللذين هما في حكم الشيء الواحد كزوج النعلين ثم اشترى الزوجين فعند رؤية الزوج الآخر الذي لم يره قبل الشراء يكون مخيراً في الزوجين ، المرجع السابق ص ٢٧٤ .

فعنـــدما يرى المشتري البعض الذي لم يره قبل الشراء يكون مخيراً في كل المبيع فلـــه أن يقبله كله بالثمن المسمى وله أن يرده كله لأن الرضا بواحد لايستوجـــب الرضا بالآخـــر . فلذلك إذا رد أحدهما فمن الضروري رد الباقي الذي رضي به حتى لايحصل تفريق للصفقة وليس له أن يفرق الصفقة ويأخذ مارغب منه ويتـرك مالم يرغب فيـه فإذا رغـب المشتري في أحد الحصانين اللذين بيعا صفقة واحدة ورضي به قولاً وجب عليه إما أن يقبل الحصانين معاً أو يردهما معا [١] .

٦٥ - ولقد ورد بالنسبة للحيوان أنه لواشترى فرساً أو بغلاً أوحماراً أو نحو ذلك فرأى وجهه لاغير ، فإن هذه الرؤية تسقط الخيار وهو رأي محمد الشيباني نقله ابن سماعة ، وروي عن أبي يوسف أن له الخيار مالم ير وجهه ومؤخره ، وهو الصحيح لأن الوجه والكفل كل واحد منهما عضو مقصود في الرؤية في هذا الجنس، فما لم يرهما فهو علي خياره وإن اشترى شاة فإن كانت نعجة حلوباً اشتراها للقنية أو اشترى بقرة حلوباً أو ناقة حلوباً اشتراها للقنية لابدمن النظر إلى ضرعها وإن اشترى شاة للحم لابد من الجس حتى لورأها من بعيد فهو على خياره لأن اللحم مقصود منشاة اللحم والضرع مقصود من الحلوب والرؤية من بعيد لاتفيد بهذين المقصدين [٢] .

وأما البسط فإن كانت مما يختلف وجهه وظهره فرأى وجهه دون ظهره كالمغافر ونحوها فلاخيار له وإن رأى الظهر دون الوجه فله الخيار كذا روى الحسن عن أبي

---

(١) علي حيدر ج١ ص ٤٣٥ .

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ، ج٥ ، ص ٢٩٢ و٢٩٣ . المبسوط للسرخسي ، ج١٣ ، ص ٧٦و ٧٧ . والبسط كل مايبسط ، ضرب من الفرش ينسج من الصوف ونحوه ومفرده بساط (المعجم الوسيط) وتسمى في دولة الامارات العربية بذلك .

حنيفة [1] .

٦٦ - ولو اشترى داراً فرأى خارجها ، أوبستاناً فرأى خارجه رؤوس الأشجار فلا خيار له كذا ذكر في ظاهر الرواية عن الأحناف لأن الدار شيء واحد وكذا البستان فكان رؤية البعض رؤية الكل إلا أن مشايخ الحنفية قالوا أن هذا مؤول وتأويله أن لايكون في داخل الدار بيوت وأبنية فيحصل المقصود برؤيته الخارجية فأما إذا كان داخلها أبنية فله الخيار مالم يرً داخلها لأن الداخل هو المقصود من الدار والخارج كالتابع له بمنزلة الثوب المعلم إذا رأى كله إلا علمه كان له الخيار لأن العلم هو المقصود منه .وذكر الكرخي أن أبا حنيفة أجاب على عادة أهل الكوفة في زمنه فإن دورهم في زمنه كانت لاتختلف في البناء وكانت على تقطيع واحد وهيئة واحدة وإنما كانت تختلف في الصغر والكبر والعلم به يحصل برؤية الخارج وأما الآن فلا بد من رؤية داخل الدار وهو الصحيح لاختلاف الأشياء في داخل الدور في هذا الزمان إختلافاً فاحشاً فرؤية الخارج لاتفيد العلم بالداخل [2] .

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ، ج٥ ، ص ٢٩٤ . الفتاوى الهندية ، ج٣ ، ص ٥٩ . المبسوط للسرخسي ، ج١٣ ، ص ٧٧ .

(٢) بدائع الصنائع المرجع السابق ، ج٥ ، ص ٢٩٤ . وقد جاء في المبسوط للسرخسي أنه لواشترى داراً تنظر إلى ظاهرها خارجاً منها ولم يدخلها فليس له أن يردها إلا بعيب عندنا وقال أخر له أن يردها ، وقيل هذا الجواب بناء على دورهم بالكوفة فإنها تختلف بالسعه والضيق وفيما وراء ذلك يكون لصفة واحدة وهذا يصير معلوماً بالنظر إلى جدرانها من خارج . فأما في ديارنا مالية الدور تختلف بقلة المرافق وكثرتها وذلك لايصير معلوماً إلا بالنظر إليها من داخل فالجواب على ما (قال) زفر ومن حقق الخلاف في المسألة لحجة آخر ها الذي ذكرنا الجواب . وحجتنا أن النظر إلي كل جزء من أجزائها متعذر فإنه يتعذر عليه أو ينظر إلى ماتحت السور وإلى مابين الحيطان من الجذوع والإسطوانات وإذا سقط شرط رؤية الكل للتعذر أقمنا رؤية جزء منها مقام رؤية الجميع تيسيراً " ، ج١٣ ،ص ٧٦ و ٧٧ .

وعبرت مجلة الأحكام العدلية عن كل ذلك في مادتها (٣٢٦) حيث تقول " في شراء الدار والخان ونحوهما من العقار تلزم رؤية كل بيت منها إلا أن ماكانت بيوتها مصنوعة على نسق واحد فتكفي رؤية بيت واحد منها " وشرحها أنه عند شراء الدار يلزم رؤية داخلها ورؤية ساحتها ومطبخها وطبقتها العلوية والسفلية . وكذلك سطحها إن كان مقصوداً في البيع ، أما الدار التي تكون غرفه على نسق واحد فيكفي رؤية غرفة منها لسقوط خيار الرؤية لأن رؤية غرفة واحدة يحصل بها العلم بالغرف الأخرى [١] .

الرؤية غير المباشرة:

٦٧ - لو اشترى سمكاً في دائرة يمكن أخذه من غير إصطياد وحيلة حتى جاز البيع فرآه في الماء ثم أخذه قال بعضهم لاخيار له ، لأنه رأي عين السمك في الماء وقال بعضهم له الخيار لأن مارآه كما هو لأن الشيء لايرى في الماء كما هو بل يرى أكثر مما هو فلم يحصل المقصود بهذه الرؤية وهو معرفته كما هو فله الخيار [٢] .

فلو اشترى دهناً في قارورة فرأى خارج القارورة فعن محمد روايتان روى ابن سماعة عنه أنه لاخيار له لأن الرؤية من الخارج تفيد العلم بالداخل فكأنه رآه وهو خارج وروى عنه أن له الخيار لأن العلم بمافي داخل القارورة لايحصل بالرؤية من خارج القارورة لأن مافي الداخل يتلون بلون القارورة فلايحصل المقصود من هذه الرؤية [٣] .

---

(١) شرح المجلة لعلي حيدر ، المرجع السابق ، ص ٢٧٤ .

(٢) بدائع الصنائع ، المرجع السابق ، ج ، ص ٢٩٥ . فتح القدير ، ج٦ ، ص ٣٤٥ .

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ، ج٥ ، ص ٢٩٤ و٢٩٥ . فتح القدير ، ج١ ، ص ٣٤٤ . الدر المختار ، ج٤ ، ص ٥٩٩ .

ولو رأى المشتري المبيع في المرآة قبل أن يراها حقيقة فله الخيار وقالوا لأنه لم ير عينه وإنما رأى مثاله والصحيح أنه رأى عين المبيع لاغيره في المرآة بل يراه حيث هو ، لكن لاعلى الوجه المعتاد بخلق الله تعالى فيه الرؤية وهذا ليس ببعيد لأن المقابلة ليست من شرط الرؤية فإنا نرى الله تعالى عز شأنه بلا مقابلة ولكن قد لايحصل له العلم بهيئته لتفاوت المرآة فيعلم بأصله لابهيئته يثبت له الخيار لا لماقالوا والله عز وجل أعلم على أن في العرف لايشتري الإنسان شيئاً لم يره ليراه في المرآة أو في الماء ليحصل له العلم بهذا الطريق فلا تكون رؤيته في المرآة إن رأى عينه مسقطة للخيار [١] .

إلا أننا نرى أن الرؤية حتى يتحقق مقصدها لابد من أن تكون متميزة وفي ذلك يقول الدكتور عبدالله العلفي " الرؤية المميزة هي تلك الرؤية التي تجعل المتعاقد يحيط إحاطة كاملة بكل خصائص المبيع ومكوناته الظاهرة ، وعليه فإذا لم تكن الرؤية مميزة بقى الحق في خيار الرؤية قائماً للمتعاقد ، ومن ثم فلا تعد رؤية المشتري للعين المبيعة هي مرآة رؤية مميزة لأنه لم ير عين المبيع وإنما صورته . وكذلك رؤية العين المبيعة من وراء زجاج مجسم لأن هذه العين تظهر على غير حقيقتها ، ونفس الحكم في رؤية الأسماك الموضوعة لأنها ترى أن من حجمها الطبيعي ولذا يشترط المشرع اليمني في الرؤية أن تكون رؤية مميزة ، فقد نصت المادة ٢٣٧ من القانون المدني على أنه " من تعاقد على مالم يره فهو مخير عند رؤيته المميزة إن شاء قبل وأمضى العقد وإن شاء فسخه " [٢] .

(١) بدائع الصنائع ، المرجع السابق ، ص ٢٩٥ . فتح القدير المرجع السابق ، ص ٣٤٥ . الدر المختار ، ج ٤ ، ص ٥٩٩ .

(٢) د. عبدالله عبدالله العلفي رسالته أحكام الخيارات في الشريعة الإسلامية والقانون المدني اليمني ، سنة ١٩٨٨ ، جامعة عين شمس ، ص ٣٢١ و٣٢٢ .

الرؤية بالنسبة للأعمى

٦٨ - رأينا أن المراد بالرؤية ماهو أعم من الأبصار وهو العلم بالمقصود الأصلي من العقد بأي حاسة من الحواس والتعبير بها هنا من قبيل عموم المجاز[١].

وإذاكان الأمر كذلك فتتحقق الرؤية من الأعمى فيما عدا الأشياء التي تحتاج إلى حقيقة الابصار كالبناء على التفصيل.

وعلى هذا فإن جمهور الفقهاء من المالكية والحنابلة والحنفية يقولون بجواز بيع الأعمي وشراؤه ويقول السرخسي في ذلك " ان كان المشتري مما يعرف بالجس أو الذوق فهو كالبصير حتى لو لمسه. وقال رضيت به يسقط خياره لأن ذكر الوصف يقوم مقام الرؤية في موضع من المواضع كما في عقد السلم والمقصود رفع الغبن عنه وذلك يحصل بذكر الوصف وإن كان بالرؤية أتم "[٢].

في إثبات الحق في الرؤية للمشتري الأعمى يقول الكاساني "فأما إذا كان

---

(١) فتح القدير، ج، ص ١٣٨. المبسوط للسرخسي، ج١٣ ص ٧٧، وبدائع الصنائع للكاساني، ج٥ ص ٢٩٢ وفتح القدير للكاساني لابن الهمام، ج ٦ ص ٣٤٩. المغني لابن قدامة المقدسي، ج٤ ص ٨٠ و ٨١. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٣، ص ٢٤ ويقول فيذلك الشيخ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي " قوله وجاز البيع. أو الشراء من الأعمى أى إذا كان المبيع غير جزاف. لأن الجزاف يعتبر فيه الرؤية كما مر (قوله ويعتمد في ذلك) أي فيما ذكر من البيع والشراء على أوصاف المبيع فتذكر له الأوصاف ليعتمد عليها في البيع والشراء وهذا فيما لايمكن فيه معرفته للمبيع بغير وصف وإما مايمكن معرفته للمبيع بدون وصف فيجوز شراؤه وإن لم يوصف له المبيع كالسمن في الشاة وكالدهان والمشمومات لأنه يدركها باللمس والذوق والشم ".

(٢) المبسوط، ج ١٣، المرجع السابق، ص ٧٧. حاشية الدسوقي ج٣ ص ٢٤. ابن قدامة ج٤ ص٨٠ - ٨١.

أعمى فنشرط ثبوت الخيار له عدم الجس فيما يجس والذوق فيما يذاق والشم فيما يشم والوصف فيما يوصف وقت الشراء لأن هذه الأشياء في حقه بمنزلة الرؤية في حق البصير فكان انعدامها شرطاً لثبوت الخيار له فإن وجد شيء منه وقت الشراء فاشتراه فلا خيار له وكذا إذا وجدت قبل القبض تم قبض فلا خيار له لأن وجود الشيء من ذلك عند القبض في حقه بمنزلة وجوده عند العقد كالرؤية في حق البصير بأن رآه قبل القبض ثم قبضه لأن كل ذلك دلالة الرضا بلزوم العقد على ماتذكره"[1].

أما الشافعية في الصحيح عندهم عدم جواز بيع الأعمى وشرائه ومالايصح من الأعمى من التصرفات فطريقه أن يوكل عنه وصحة وكالته هنا للضرورة [2].

٦٩ - أما في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات فأنه لم يتطرق مباشرة لبيع الأعمى وشراؤه في خصوص موضوعنا كما هو الحال في القانون المدني

---

(١) بدائع الصنائع ، ج٥ ،ص ٢٩٣ .

(٢) المجموع شرح المهذب للنووي ، ج٩ ، ص ٢٩٣ . المهذب للشيرازي ، ج١ ، ص ٢٧١ . ونقلاً عن النووي في المجموع يقول (قال أصحابنا : المذهب بطلان بيع الأعمى وشرائه وهذا مختصره وتفصيله أنه لم تجوز بيع الغائب وشرائه لم يصح بيع الأعمى وشراؤه ، وإن جوزناه فوجهان (أصحهما لايجوز أيضاً لأنه لاطريق له إلى رؤيته فيكون كبيع الغائب على أن لا خيار (والثاني) يجوز ، فيقام وصف غيره له مقام رؤيته ، وبه مال مالك وأبوحنيفة وأحمد فإن صح معناه قال المتولي وغيره . يثبت له الخيار عند وصف السلعة له . ويكون الوصف بعد العقد كرؤية البصير (فإن قلنا) لايصح بيعه وشراؤه لم تصح أيضاً إجازته ورهنه وهبته ، " . وقال " قال أصحابنا : وكل مالايصح من الأعمى من التصرفات بطريقة أن يوكل وتحتمل صحة وكالته للضرورة وهذه المسألة مما ينكر على المصنف في باب الوكالة من المهذب والتنبيه ، حيث قال : من لايجوز تصرفه فما يوكل منه لايجوز توكيله ، فالأعمى لايصح بيعه وشراؤه ونحوهما على المذهب ويجوز توكيله في ذلك بلا خلاف . . " . المجموع ، ج ٩ ، ص ٢٩٢ و٢٩٣ .

اليمني [1] .

وقد عرض قانون المعاملات المدنية الإماراتي للمصابين بالعاهة الدائمة والعائقة في نص المادة ١٧٣ مدني إماراتي " وقد قضت هذه المادة بأنه إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للقاضي أن يعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك على الوجه الذي يبينه القانون " . فالمساعدة القضائية لاتقوم بالنسبة للأعمى إذاً إلا إذا كان لديه عاهة أخرى ، عاهة الصمم أو عاهة البكم . ومن ثم فإذا كان الشخص أعمى فقط فإن تصرفاته تكون صحيحة دون حاجة لمساعدة قضائية بمفهوم المخالفة . يؤكد ذلك أن قانون المعاملات يأخذ فيما لم يرد به نص برأي المالكية والحنابلة وأيهما داخل في نطاق رأي الجمهور المجوز للتصرفات الصادرة من الأعمى ومنها البيع والشراء .

٧٠ - وبالنسبة للأعمى فإنه في المرئيات أقصى مايصل إليه علمه هو الإدراك عن طريق الوصف . أما غير المرئيات مما يدرك بالجس واللمس ونحوه . فإنه يجوز أن يدركه بنفسه بعد التحقق من أن المبيع هو ذاته الذي جسه أو تذوقه [2] . ونوضح ذلك كالتالي :

---

(١) المادة ٤٧٤ ، مدني يمني نصت على أنه لايصح شراء الأعمى وبيعه لنفسه ولغيره ، وله رد ما اشتراه بدون أن يعلم مايعرف به المبيع من وصف أو غيره ، وليس له رد ما اشتراه بعد وصفه أو بعد جسه وذوقه وشمه أو بعد نظر وكيله في الشراء أو القبض " .

(٢) الأستاذ أحمد ابراهيم ، مقالة في العقود والشروط والخيارات - مجلة القانون والإقتصاد ، ص ٧١٥ و ٧١٦ ، العدد الأول ، سنة ١٩٣٤ م . وكذلك كتابه الإلتزامات في الشرع الإسلامي ، ج٢ ، ص ١٩٩ .

فإذا كانت رؤية محل العقد هي السبيل لمعرفة المبيع فإن العلم به للأعمى لايكون إلا عن طريق الوصف . ويجب أن يوصف وصفاً بليغاً شاملاً قبل الشراء فإذا اشتراه الأعمى فلا يكون له خيار الرؤية لأن الوصف والتعريف للأعمى هو منتهى الإدراك والعلم له بالمبيع في هذا النوع ، إلا أنه إذا وصف المبيع للأعمى وظهر مخالفاً للوصف فلا يسقط خياره [١] . وسواء أكان الوصف والتعريف تم حيث المبيع موجود كأن يكون المبيع عقاراً يتوقف عنده الأعمى ويوصف له أم لم يكن كذلك [٢] .

وكذلك إذا اشترى شخص مالاً لم يره حين كان بصيراً ثم عمي قبل رؤية المبيع يسقط خياره كما يسقط خيار الأعمى بالوصف والتعريف [٣] .

وقد جاء في نص المادة ٣٢٩ من المجلة أن " بيع الأعمي وشراؤه صحيح إلا أنه يخير في المال الذي يشتريه بدون أن يعلم وصفه مثلاً لو اشترى داراً لايعلم وصفها كان مخيراً فمتى علم وصفها إن شاء أخذها وإن شاء ردها " وفي المادة ٣٣٠ " إذا وصف شيء للأعمى وعرف وصفه ثم اشتراه لايكون مخيراً "

والأعمى إذا اشترى شيئاً ولم يوصف له قبل العقد لايسقط حقه في الخيار بعد العقد حتى يوصف له يرضاه .

---

(١) حاشية ابن عابدين رد المحتار ، ج٤ ، ص ٦٠٠ و٦٠١، علي حيدر شرح مجلة الأحكام ، الكتاب الأول ، ص ٢٧٦ .

(٢) المبسوط ، ج١٣ ، ص ٧٧ ، وخالف في ذلك أبويوسف إذ لا يرى بأنه يجب إحضار الأعمى إلى مكان المبيع ويوصف له فإذا قال رضيت سقط خياره .

(٣) علي حيدر ، شرح المجلة ، المرجع السابق ، ص ٢٧٦ .

ولو اشترى الأعمى شيء من غير المرئيات فلمسها وكان طريق معرفتها اللمس أو الشم أو المذاق أو غير ذلك فتم بصورته قبل أن يبرم العقد فإن شراؤه يكون صحيحاً ولازماً . أما إذا أبرم العقد ثم لمسها أو شمها أو ذاقها فإن خياره لايسقط حتي يصدر منه قول أو فعل يدل علي رضاه ويمتد الخيار حتى حصول ذلك على التفصيل الذي سنورد في الحديث عن فورية الخيار (١) .

مايعلم بالوصف والتعريف واللمس:

أي لابد من وصف المبيع للأعمى ولمسه إياه مثالاً إذا أراد الأعمى أن يشتري ثوباً وجب بيان طوله وعرضه للأعمى وجنسه ونوعه ، وأن يجسه بيده فإذا اشتراه بدون ذلك لايسقط خياره (٢) .

وقد نصت المادة ٣٣١ من المجلة على أن " الأعمى يسقط خياره بلمس الأشياء التي تعرف باللمس وشم المشمومات وذوق المذوقات يعني أنه إذا لمس وشم وذاق هذه الأشياء، ثم اشتراها كان شراؤه صحيحاً لازماً " .

المطلب الثاني
امتداد الخيار إلى عقود التمليك

٧١ - لم يحدد قانون المعاملات المدنية العقود التي يرد فيها خيار الرؤية بالنص عليها وإنما وضع قاعدة عامه بنصه في المادة ٢٢٦ منه على أنه " يثبت

---

(١) د. علي حيدر شرح المجلة ، الكتاب الأول ، ص ٢٧٧ .

(٢) الفتاوى الهندية ، ج٣ ، ص ٦٥ .

خيار الرؤية في العقود التي تحتمل الفسخ لمن صدر له التصرف ولو لم يشترطه . . " والمصدر التاريخي لهذه المادة نص المادة ١٨٤ من القانون المدني الأردني . وحسناً فعل إذ لو أخذنا بالتنصيص على العقود الواردة في كتب الفقه لأدى بنا إلى الدخول في إشكالات عديدة حيث أن الفقه الإسلامي يعتبر المقايضة نوعاً من البيوع وكذلك الإستصناع ونحو ذلك . وقد أفرد قانون المعاملات المدنية لهما نصوصاً وعناوين كما هو الحال بالنسبة لعقد المقاولة أو الاستصناع .

ولذا فإن قانون المعاملات المدنية جاء نصه أحكم من مذكرته الإيضاحية والتي ذكرت عقوداً أربعة وكأن هذا الخيار قد قصر عليها . حيث قالت " . . . ويشترط لثبوته الآتي :

١ - أن يكون العقد واحداً من عقود أربعة هي : البيع وإجارة الأعيان وقسمة غير المثليات والصلح على مال هو عين بالذات وهي عقود تحتمل الفسخ أما العقود التي لاتحتمل الفسخ كالمهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد فلا يثبت فيها خيارالرؤية " [1] .

---

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية ، ص ٢٠٤ . ومن هذا الرأي أنظر رد المحتار ، المرجع السابق ، ج ، ص ٥٩٢ . فقد جاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة ٣٢٠ من اشترى شيئاً ولم يره كان له الخيار حتى يراه إن شاء قبله وإن شاء فسخ البيع . . "

وفي مرشد الحيران لمحمد قدري في المادة ٢٤٥ نص على الآتي " حق فسخ العقد بخيار الرؤية يثبت من غير شرط في أربعة مواضع وهي الشراء للأعيان التي يلزم تعيينها ولاتثبت ديناً في الذمة والإجارة وقسمة غير المثليات والصلح عن مال محل شيء بعينه ولايثبت خيار الرؤية في العقود التي لاتحتمل الفسخ " .

وقد جاء في شرح مرشد الحيران للأستاذين محمد زيد الأبياني ومحمد سلامة السنجغلي وخيار الرؤية ليس ثابتاً في كل عقد بل هو ثابت في أربعة مواضع لاغير:
الأول : شراء الأعيان التي يلزم تعيينها ولايكون ديناً في الذمة وهي القيميات لأنها هي التي يكون للرؤية فيها فائدة فإن لكل إنسان ميلاً مخصوصاً عند رؤية الأشياء المتفاوتة فإذا أراد إنسان بيتاً مشيداً ربما ينقبض منه ويقول هذا بيت غير مقبول عندي لأني لاأرى ميلاً إليه وربما رآه آخر =

غير أن واضعي المذكرة الإيضاحية قد استدركوا بعد ذلك وقوعهم في الخطأ بالقول " وقال علي حيدر في الكلام على خيار الرؤية " وخيار الرؤية لايختص بالبيع بل يجري فيكل عقد محتمل للفسخ يتملك به عين كالاجارة والقسمة والصلح على دعوى المال على عين " .(١)

ونحن نقول إن أي عقد توافرت فيه الشروط التي سقناها لقيام خيار الرؤية

= فسر به بخلاف المثلى فأنه لافرق بين قمح ونظيره مثلاً . الثاني : المستأجر فإنه بمعنى المشتري والمنافع متفاوتة .

الثالث : قسمة القيميات فيثبت فيها خيار الرؤية لأن قسمتها مبادلة لكأن كل واحد من الشريكين اشترى نصيب صاحبه .

الرابع : الصلح عن مال على شيء معين كبيت فالمصالح له خيار الرؤية لأنه مشتر للعين بما في ذمة المدين من المال ، الطبعة الأولى ١٩٠٨ ، ج ١ ، ص ٢١٧ وانظر منير القاضي ، ج ١ الطبعة الأولى سنة ١٩٤٩ ، ص ٣٠٣ .

فقد جاء في بدائع الصنائع " وما لا يتعين بالتعيين لايملك بالعقد وإنما يملك بالقبض فلا يرد عليه الفسخ وبهذا يثبت خيار الرؤية في الإجارة والصلح عن دعوى المال والقسمة ونحو ذلك لأن هذه العقود تنفسخ برد هذه الأشياء فيثبت فيها خيار الرؤية ولايثبت في المهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك لأن هذه العقود لاتحتمل الإنفساخ برد هذه الأموال فصار الأصل أن كل ماينفسخ العقد فيه برده يثبت فيه خيار الرؤية ، ومالا ، فلا ، والفقه على ماذكرناه " بدائع الصنائع للكاساني، ج٥ ، ص ٢٩٢، والفتاوى الهندية ، ج٣ ، ص ٥٨ .

وجاء في فتح القدير " واعلم أن خيار الرؤية يثبت في أربعة مواضع ليس غير شراء الأعيان والإجارة والصلح عن دعوى مال على عين والقسمة ، وعرف من هذا أنه لايكون في الديون فلايكون في المسلم فيه ولافي الأثمان الخالصة ، بخلاف مالو كان البيع إناء من أحد النقدين فإن فيه الخيار . ولو تبايعا مقايضة ثبت الخيار لكل منها ، ومحله كل ماكان في عقد ينفسخ بالفسخ لامالا ينفسخ كالمهر وبدل الصلح عن القصاص وبدل الخلع وإن كانت أعياناً لأنه لايفيد فيها . لأن الرد لما لم يوجب الإنفساخ بقى العقد قائماً ، وقيامه يوجب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة ، فلو كان له أن يرده كان له أن يرده أبداً ، وليس للبائع أن يطالب المشتري بالثمن مالم يسقط خيار الرؤية " فتح القدير لابن الهمام ، ج٦ ، ص ٣٣٨ .

(١) المذكرة الايضاحية ، المرجع السابق ، ص ٢٠٤ .

تكون قابلة لحكمه .

ونعرض للأمثلة الواضحة لهذا الخيار في البعض من العقود :

عقد البيع :

والمقصود هنا هو الشراء باعتبار أن الحق في الخيار يثبت للمشتري دون البائع كما سنرى [1] . ويراد به الشراء الصحيح باعتبار أن خيار الرؤية لايثبت في البيع الفاسد [2]. وكما يقول الأستاذ الدكتور عبدالستار أبوغدة " هو مخصوص بشراء الأعيان التي تتعين بالتعيين (أي مشخصاً) لا الديون التي تثبت في الذمة وهي المعينة بالوصف "[3] .

ويثبت الخيار في البيع بشرط التجربة والبيع بالمذاق وبالنموذج وبيع العربون وهذه على سبيل المثال لا الحصر إذ الضابط بين صور عقد البيع هو ثبوت شروط خيار الرؤية [4].

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ، ج٤ ، ص ٢٦ وبدائع الصنائع ، ج٥ ، المرجع السابق، ص ٢٤٢ . الدر المختار ، ج٤ ، المرجع السابق ، ص ٥٩٢ . د. حسن الذنون ، النظرية العامة للفسخ ، المرجع السابق ، ص ١٥٢ و ١٥٣ . د. عبدالرزاق السنهوري مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج٤ ، ص ٢٢٨ . د. عبدالستار أبوغدة رسالته الخيار وأثره في العقود ، ج٢ ، المرجع السابق ، ص ٥٤١ . د. عبدالله العلفي رسالته في أحكام الخيارات سنة ١٩٨٨ ، ص ٣٤٠ جامعة عين شمس .

(٢) الدر المختار ، المرجع السابق ، ج٤ ، ص ٥٩٢ .

(٣) د. عبدالستار أبوغدة - المرجع السابق ، ص ٥٤١ .

(٤) د. عبدالله العلفي ، المرجع السابق ، ص ٣٤٠ .

أما البيع بالمخارجة (بيع التركة) فلا يثبت فيه خيار الرؤية ، حيث أن البائع لايضمن المبيع وإنما مايضمنه هو وجود التركة وإثبات وراثته ، ومقدار حصته (المواد ٥٣٩ . ٥٤٢ معاملات مدنية) . وكذلك الأمر في بيع السلم الذي هو بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل .. فالمبيع هنا يكون ديناً في الذمة [١] . وخيار الرؤية لايثبت إذا كان محل العقد ديناً في ذمة المدين فالعلم بالمسلم فيه وتعيينه يتحقق بالوصف لا بالرؤية [٢].

وإذا كان خيار الرؤية لايثبت في عقد السلم من ناحية المسلم منه باعتبار ثبوته بالوصف . إلا أن من الجائز ثبوت الخيار في السلم إذا كان رأس المال الذي يقدمه المشتري للبائع عيناً فيثبت خيار الرؤية منها .وفي ذلك يقول الزيلعي : " .. وكذا لايثبت في المسلم فيه خيار الرؤية لأنه غير مفيد ولأنه دين في الذمة فكلما رده عليه بخيار الرؤية أعطاه غيره لكونه لا يتعين فلا يفيد . بخلاف خيار العيب في رأس المال وخيار الرؤية فيه حيث يثبتان فيه إذا كان مما يتعين بالتعيين لأنهما يفيدان الفسخ بالرد .. " [٣] .

أما الصرف فهو في متعارف الشرع اسم لبيع الأثمان المطلقة بعضها ببعض وهو بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة واحد الجنسين بالآخر [٤] .

---

(١) الأستاذ أحمد ابراهيم ، المعاملات الشرعية ، ص ١٤٦ و١٤٧ .

(٢) بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص ٢١٠ و المغني لابن قدامة ، ج٤ ، ص ٨٢ . د.عبالستار أبوغدة ، الخيارات المرجع السابق ، ج٢ ، ص ٥٤١ .

(٣) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لعثمان بن علي الزيلعي ، ج٤ ، ص ١١٧١ .

(٤) د. محمد زكي عبدالبر ، أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي - العقود الناقلة للملكية ١٩٨٦ ، ص ٥٠٤ .

والذي يستفاد من هذا التعريف أن عقد الصرف إذا كان أوراق نقدية فلا يدخله خيار الرؤية إذ العقد لاينفسخ هنابالرد فالعلم يتحقق بتحديد مقداره لابرؤيته. أما إذا كان محل العقد الذهب أو الفضة فإن خيار الرؤية يثبت فيه

وينفسخ العقد بالرد [1] . ويقول في ذلك الكاساني " وأما خيار العيب وخيار الرؤية فيثبتان في هذا العقد لأنهما لايمنعان حكم العقد فلا يمنعان صحة القبض لأن خيار الرؤية يثبت في العين وهو التبر والنقرة والمصوغ ولايثبت في الدين وهو الدراهم والدنانير المضروبة لأنه لافائدة في الرد إذ العقد لاينفسخ بالرد لأنه ماورد على عين المردود وقيام العقد يقتضي ولاية المطالبة بمثله فإذا قبض برده فيطالبه بآخر هكذا إلى مالا يتناهى وكذا خيار الرؤية لأنه لايثبت في سائر الديون في في سائر العقود لما قلنا بخلاف ماإذا كان ثمن الصرف عينا لأن هناك ينفسخ العقد بالرد فلا يملك المطالبة بعين أخرى فكان الرد مفيداً " [2] .

عقد المقايضة :

٧٢ - أما المقايضة فهي كما يعرفها قانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة ٦٠٧ " مبادلة مال أو حق مالي بعوض غير النقود " أي أنها مبادلة عينية بين مالين أو بين مال وحق مالى بعوض غير نقدي لنقل ملكية ماليس من النقود"[3] . ومن ثم يثبت منها لطرفي العقد خيار الرؤية متى توافرت شروطه .

---

(١) انظر خلاف ذلك د. عبدالله العلفي رسالته في أحكام الخيارات في الشريعة الاسلامية والقانون المدني اليمني ، ص ٣٤١ . ود. عبدالستار أبوغدة رسالته ، المرجع السابق ، ص ٥٤١ .

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ، ج٥ ، ص ٢١٩ .

(٣) د. وهبة الزحيلي، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الاماراتي والقانون المدني الأردني، ص ١٣٠ .

عقد الايجار:

٧٣ - لما كانت الاجارة من قبيل شراء المنافع فالحديث الشريف (من اشترى شيئاً ولم يره فهو بالخيار إذا رآه) يتناولها في ظاهره [١] . فضلاً عن ذلك فكما أن رضاء المشتري لايتم قبل رؤية المبيع ، فكذلك رضاء المستأجر لايتم قبل رؤية المأجور [٢] . ويقول صاحب المبسوط في ذلك " وإذا تكارى داراً لم يرها فله الخيار إذا رآها ، لأن الإجارة كالبيع تعتمد على تمام الرضا ، فكما لايتم الرضا في البيع قبل الرؤية ، فكذلك في الإجارة " [٣] . ولقد نصت المادة ٥٠٧ من مجلة الأحكام العدلية " على أن للمستأجر خيار الرؤية " ويعني ذلك أن الخيار كما هو في عقد البيع لمن صدر له التصرف وهو المستأجر ، فأما المؤجر فليس له خيار الرؤية " [٤] .

وباعتبار أن المعقود عليه المنافع وهي معدومة عند العقد إذ هي تحدث شيئاً فشيئاً فليس من الممكن تعلق الرؤية بها ولذا أقيمت رؤية المأجور مقامها لأنه محل المنفعة وبرؤيته تعلم هذه المنفعة [٥] . يقول السرخسي في ذلك " ورؤية المعقود عليه وهو المنفعة لاتتأتى ، ولكن يصير ذلك معلوماً برؤية الدار فإن منفعة السكنى

---

(١) علي حيدر ، شرح المجلة ، المرجع السابق ، ص ٩٧ . د. محمود جمال الدين زكي ، عقد الايجار سنة ١٩٧١ ، ص ٥٠ .

(٢) المبسوط للسرخسي ، ج١٥ ، ١٥١ .

(٣) وانظر د. عبدالناصر توفيق العطار ، شرح أحكام الايجار ، سنة ١٩٨٢ ، ص ٧٦ .

(٤) علي حيدر ، المرجع السابق ، ص ٤٩٧ .

(٥) علي حيدر ، المرجع السابق ، ص ٤٩٧ ، د.جمال الدين زكي والقانون المدني الكويتي، ص٥٠ الموسوعة الفقهية لدولة الكويت إصدار وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ، ج١ ، ص ٢٦٠.

تختلف باختلاف الدار في الضيق والسعة " [٦] .

وقد نص في المادة ٥٠٨ من المجلة على أن " رؤية المأجور كرؤية المنافع " و كذلك نصت المادة ٥٠٩ منها على أنه " لو استأجر أحد عقاراً من دون أن يراه يكون مخيراً عند رؤيته ومعنى ذلك أنه لو استأجر عقاراً أو مالاً آخر من دون أن يراه يكون مخيراً عند رؤيته فإن شاء أجاز الإستثمار قولاً وفعلاً وإن شاء فسخ وإن فسخ فليس هذا الفسخ بحاجة إلى حكم قاضي أو رضاء الآخر " [١] .

أما من استأجر داراً كان قد رآها قبل الاستئجار فليس له خيار الرؤية بشرط أن يكون عالماً حين الاستئجار بأن الدار المأجورة هي نفس الدار التي كان قد رآها قبلاً بقصد الاستئجار مالم يكن بعد أن رآها قد تغيرت هيئتها الأولى بانهدام محل يكون مضر بالسكن فحينئذٍ يكون مخيراً بسبب ذلك التغيير [٢] .

وتنص المادة ٥١١ من المجلة على أن " كل عمل يختلف ذاتاً باختلاف المحل فللأجير فيه خيار الرؤية مثلاً لو ساوم أحد الخياط على أن يخيط له جبة فالخياط بالخيار عند رؤية الجوخ أو الشال الذي سيخيطه " [٣] .

٧٤ - وقد رأينا قانون المعاملات المدنية - وخير فعل - قد جعل قواعد خيار

---

(٦) المبسوط ، ج١٥ ، ص ١٥١ ، وقد جاء في الفتاوي الهندية " وخيار الرؤية ثابت للمستأجر ورؤية الدار كرؤية المنافع كذا في الوجيز للكردري " ، ج٤ ، ص ٤١٨ .

(١) علي حيدر ، المرجع السابق ، ص ٤٩٧ . انظر في ذلك الفتاوى الهندية ، المرجع السابق ، ص ٤١٩ .

(٢) الفتاوى الهندية ، ج٤ ، ص ٤١٩ . وعلي حيدر ، شرح المجلة ، المرجع السابق ، ص ٤٩٨ .

(٣) انظر الفتاوى الهندية في هذا المعنى ، ج٤ ، ص ٤٢٠ .

الرؤية ضمن القواعد العامة لنظرية الإلتزامات والعقود ومن ثم فمتى توافرت شروط خيار الرؤية نشأ الحق لصاحبه . وهذا هو الشأن في المستأجر .

إلا أن المشرع في دولة الإمارات عاد وعرض في قانون المعاملات في عقد الايجار - كما هو الأمر في عقد البيع - لقواعد العلم الكافي بالمنفعة (م٧٤٦/٢) ونص بالمادة ٧٤٧ على أنه " يجب أن يكون ماتتوفى منه المنفعة معلوماً إما بمعاينته أو بذكر محله المعين له أو بوصفه وصفاً بيناً وإلا بطل العقد" . وقد سبق لنا أن رأينا حقيقة المقصود بهذه النصوص في الفصل الأول ، وأنها تتعلق بأمر آخر غير خيار الرؤية هو تعيين المعقودعليه .

وهذا هو الشأن أيضاً في القانون المدني الأردني المادة (٦٦٣) . و بخلاف ذلك القانون المدني العراقي الذي نص صراحة في عقد الإيجار على خيار الرؤية فقد نصت المادة ٧٣٣ على أنه " من استأجر شيئاً لم يره كان له الخيار حين يراه . إن شاء قبله وإن شاء فسخ الايجار . ولاخيار للمؤجر فيما أجره ولم يره " .

وقد سارت المحكمة الاتحادية العليا وقبل صدور قانون المعاملات الاتحادي ، على تطبيق أحكام خيار الرؤية في عقود الايجار ، فقضت في حكم لها بأن رؤية المستأجر للمأجور رؤية نافية للجهالة يمنع عليه استعمال حقه في خيار الرؤية مالم يكن المأجور قد لحقه عيب بعد الرؤية يفوت عليه المنافع . وقد قالت في هذا الحكم "وحيث أن مانعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه جميعه مردود ذلك أنه يبين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أورد صحيحاً الأساس القانوني الذي أقام عليه قضاءه بقوله " أن الاجارة هي بيع المنفعة المعلومة بعوض معلوم ، أى أن المعقود عليه فيها هي المنفعة التي يشترط فيها أن تكون معلومة بوجه يكون مانعاً للمنازعة ، وهي تكون كذلك في المباني ببيان مدة الاجارة . ومن المقرر شرعاً أن من استأجر

داراً كان قد رآها رؤية كافية من قبل ليس له خيار الرؤية إلا إذا تغيرت هيأتها الأولى بانهدام محل يكون مضراً بالسكن ، وإن العيب الموجب لهذا الخيار هو مايكون سبباً لفوات المنافع المقصودة بالكلية أو خلافها " . ثم استخلص استخلاصاً سائغاً من واقع الدعوى ومستنداتها وقول الشاهد فيها أن العين المؤجرة كانت على حالتها وقت انعقاد العقد، وإن الطاعن شغلها فعلاً وتمكن من الإنتفاع بها بأن أقام فيها مصنعاً للألمنيوم ركب فيه مولداً للتيار الكهربائي وجلب له الماء فليس له التذرع بعد هذا يعد إمكانه توصيل الكهرباء التي لم تصل إلى المنطقة بعد ، وكذلك الماء والتليفون ، واستحالة الحصول على شهادة إتمام المباني كأسباب لفسخ العقد ، وانتهى الحكم تأسيساً على ذلك إلى الزام الطاعن بالأجرة المستحقة وكما كان البين من ذلك الذي قرره الحكم أنه أقام قضاءه على سند قانوني سليم بأسباب سائغة لها أصلها الثابت في الأوراق وفي حدود سلطة المحكمة الموضوعية ، وكانت هذه الأسباب السائغة تكفي لحمل قضائه - لما كان ذلك فإن منازعه الطاعن في ذلك بأسباب طعنه لاتعدو أن تكو ن جدلاً موضوعاً في تقدير المحكمة للأدلة بتصل

بصميم واقع الدعوى مما لايقبل التحدي به أمام محكمة النقض"[1] .

عقد المقاولة (عقد الإستصناع):

٧٥ - عقد الاستصناع كما عرفه قانون المعاملات المدنية " المقاولة عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً ويؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر " (المادة ٨٧٢) .

مسألة ثبوت خيار الرؤية من عدمه يفرق فيه بين قبل رؤية محل العقد

(١) المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم ٣ لسنة ٣ نقض مدني بتاريخ ١٩٨١/١٢/٢٣ ، مجلة العدالة ، العدد الواحد والثلاثون ، السنة التاسعة ، ابريل ١٩٨٢ .

(المستصنع) وبعد العقد والفراق من العمل ٠

ويرى الفقه الحنفي أن العقد غير لازم في حق كل من الصنائع والمستصنع حتي كان للصانع أن يمتنع من الصنع وأن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع وللمستصنع أن يرجع أيضاً لأن القياس يقتضي أن لايجوز أصلاً إلا أن جوازه ثبت استحساناً بخلاف القياس لحاجة الناس ، وحاجتهم قبل الصنع أو بعده قبل رؤية المستصنع والرضا به أقرب إلى الجواز دون اللزوم فيبقى اللزوم قبل ذلك على أصل القياس [1] ٠

إذا أتى الصانع بالمستصنع على الصفة المشروطة يظل غير لازم في حق المستصنع وتثبت له خيار الرؤية إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء تركه ٠ وفي حق الصانع ثبوت ملك لازم إذا رآه المستصنع ورضي به وهذا ظاهر الرواية عند الأحناف وروى عن أبي حنيفة أنه غير لازم في حق كل منهما وكلاهما له الخيار ٠وروى عن أبي يوسف أنه لازم بالنسبة للصانع والمستصنع وليس لهما الخيار ٠

ووجه رواية أبي يوسف أن في إثبات الخيار للمستصنع إضرار بالصانع لأنه قد أفسد متاعه وفرى جلده وأتى بالمستصنع على الصفة المشروطة فلو ثبت له الخيار لتضرر به الصانع فيلزم دفعاً للضرر عنه ٠

ووجه رواية أبي حنيفة لثبوت الخيار لهما : أن في اللزوم إضرار بهما جميعاً ٠ أما أضرار الصانع فكما قال أبويوسف ٠ وأما ضرر المستصنع فلأن الصانع متى لم

---

(١) بدائع الصنائع ، ج٥ ، المرجع السابق ، ص ٢٠٩ - ٢١٠ ، الفتاوى الهندية ، ج٣ ، المرجع السابق ، ص ٢٠٨ ٠ تبيين الحقائق ، شرح كنز الدقائق ، المجلد الرابع ، المرجع السابق ، ص ١٢٤٠د٠ صديق الضرير ، رسالة الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي ، ص ٤٥٨ ٠

يصنعه واتفق له مشتر ببيعه فلا تندفع حاجة المستصنع فيتضرر به فوجب أن يثبت الخيار لها دفعاً للضرر عنهما .

ووجه ظاهر الرواية ، وهو إثبات الخيار للمستصنع لا للصانع أن المستصنع مشتر شيئاً لم يراه لأن المعقود عليه وهو المستصنع وإن كان معدوماً حيقة لكنه جعل موجوداً شرعاً حتى جاز ولايرضى به فلو لزمه وهو العقد استحساناً ومن اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه والصانع بائع شيئاً لم يره فلا خيار له ولأن إلزام حكم العقد في جانب المستصنع إضرار لأن من الجائز أن لايلائمه المصنوع ولايرضى به فلو لزمه وهو مطالب بثمنه فيحتاج إلى بيعه من غيره بمثل قيمته وذلك ميسر عليه لكثرة ممارسته هذا إذا استصنع شيئاً ولم يضرب له أجلاً فأما إذا ضرب له أجلاً فإنه ينقلب سلماً عند أبي حنيفة . فلايجوز إلا بشرائط السلم ولاخيار لواحد منهما كما في السلم وعندأبي يوسف ومحمد الشيباني هو على حاله وذكره الأجل للتعجيل ولوضرب الأجل فيما لايعامل فيه ينقلب سلماً بالإجماع [1] .

والرأي عندي ترجيح ماذهب إليه أبويوسف لأنه لاضرر فيه على المتعاقدين ولأنه في حالة ثبوت الخيار يصبح العقد غلقاً بحيث لايعلم أي من العاقدين هل يتم العقد أم لا وهكذا كما يقول الأستاذ صديق الضرير " غرر يمكن تجنبه بجعل العقد لازماً إلا إذا قدم الصانع شيئاً مخالفاً للوصف فيثبت للمشتري الخيار لفوات الوصف"[2] . وقانون المعاملات المدنية لايخرج في نظرنا عن ماقلنا أخيراً فقد نصت

(١) بدائع الصنائع للكاساني ، المرجع السابق ، ص ٢١٠ . الفتاوى الهندية ، المرجع السابق ، ص ٢٠٨ . كنز الدقائق ، المرجع السابق ، ص ١٢٤ . علي حيدر ، شرح المجلة ، ج١ ،ص ٣٥٨ و٣٥٩ . ولقد ذهب المالكية إلى اعتبار الإستصناع من قبيل السلم والسلم لاخيار فيه . أنظر الشرح الصغير على أقرب المسالك ، ج ٣ ، ص ٢٨٨ . أحمد ابراهيم ، المعاملات الشرعية المالية ، ج٣ ، ص ١٤٨ .

(٢) انظر د. صديق الضرير ، رسالته ، المرجع السابق ، ص ٤٥٩ .

المادة ٨٧٤ منه على أنه " يجب في عقد المقاولة وصف محله وبيان نوعه وقدره وطريقة أدائه ومدة إنجازه وتحديد ما يقابله من بدل " فإذا جاء محل عقد المقاولة بعد الفراغ منه على الوصف المشروط والأداء الموصوف يكون العقد لازماً للجميع أما إذا اختل الوصف بأن تخلف وصف مرغوب به كان لرب العمل خيار فوات الوصف .

القسمة الاتفاقية:

٧٦ - القسمة كما عرفتها المادة ١١٦٠ من قانون المعاملات المدنية هي :"... إقرار وتعيين الحصة الشائعة وقد تتم بالتراضي أو بحكم القاضي " .

ونحن نعني هنا بالقسمة القسمة الاتفاقية التي تتم بناء على رضاء المتقاسمين، وهي تعد عقداً وقد ماثل المشرع في هذا الخصوص بينها وبين عقد البيع [(١)] .

وقد أوضح المشرع في دولة الإمارات في نص المادة ١١٧١ من قانون المعاملات أنه " تسري أحكام خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب في قسمة الأجناس المختلفة وفي القيميات المتحدة الجنس أما في قسمة المثليات فيسري بشأنها أحكام خيار العيب دون خياري الشرط والرؤية " . وهذه المادة تقابل المادة

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات ، ص ٨٤٣ وكذلك في حاشية رد المحتار لابن عابدين فيما أورده " قوله والقسمة في الشرنبلاليه عن العيون ، خيار الشرط والعيب والرؤية ، وقسمة ذوات الأمثال كالمكيلات والموزونات يثبت فيها خيار العيب فقط ، وقسمة غير المثليات كالثياب من نوع واحد ، والبقر والغنم يثبت فيها خيار العيب ، وكذا الشرط والرؤية على رواية أبي سليمان وهو الصحيح وعليه الفتوى ، وعلى رواية أبي حفص لا " ، الجزء الرابع ، ص ٥٩٣ . وفتح القدير للكمال ابن الهمام ، ج٦ ، ص ٣٣٨ . الفتاوى الهندية ، ج٣ ، ص ٥٨ . ولقد أصبحت المواد ١١٥٣ و ١١٥٤ و ١١٥٥ من المجلة ثبوت خيار الرؤية في القسمة التراضي بحسب التفصيل الذي أخذ به قانون المعاملات المدنية ينظر شرح المواد لعلي حيدر ، ج٣ ، ص ١٦٥ .

١٠٤٩ من القانون المدني الأردني وقد نصت المادة ١٠٠٢ من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد على أنه " يجري في القسمة خيار الغبن وخيار الإستحقاق وخيار إجازة قسمة الفضول كما يجري في تقسيم الأجناس المختلفة أيضاً وفي القيميات المتحدة الجنس خيار الشرط ، وخيار الرؤية وخيار العيب أما المثليات فيجري فيها خيار العيب دون خيار الرؤية والشرط " .

ويقول الأستاذ علي الخفيف في ذلك " ولما في القسمة من معني المعاوضة في الأحوال التي بيناها يثبت فيها خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب ، وكذلك في قسمة القيمي من جنس واحد سواء أكانت بتجزئة آحاده أم بعدم تجزئتها على الصحيح من المذاهب .

أما في قسمة المثلي من جنس واحد فلا يثبت فيها الأخيار العيب وذلك لاشتراط السلامة والعدالة فيها وإنما تثبت الخيارات في القسمة بالتراضي لافي القسمة القضائية ، وجاء في البدائع أن الرد بخيار الرؤية والشرط إنما يثبت عندما تكون القسمة بالتراضي أما إذا كانت بالقضاء فلا . إذ لامحل لاشتراط الخيار في أمر يقضي به القاضي لما أن القضاء ملزم . وكذلك لامحل لخيار الرؤية فيه لنفس السبب إذ أن لزوم القضاء ينفيه [1] .

عقد الصلح

٧٧ - يثبت خيار الرؤية كما يثبت خيار العيب والشرط للمصالح (الأخذ بدل الصلح) إذا كان المدعي به عيناً معينة (داراً أو أرضاً أو عرضاً) وأقر المدعي

(١) فضيلة الأستاذ علي الخفيف الملكية في الشريعة الإسلامية ، محاضرات ألقاها الأستاذ في معهد البحوث والدراسات العربية ، طبعة ١٩٩٠ ، ص ٢٤٩ . د . عبدالمجيد مطلوب المقال السابق، ص ٤٩٧ . الأستاذ محمد أبوزهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، ص ٣٩٩ . د . عبدالله العلفي رسالته السابقة الإشارة إليها ، ص ٣٤٣ .

عليه بها للمدعي وصالحه عنها بنقود معلومة أو بعقار معلوم وذلك لأن حكم الصلح هنا هو حكم عقد البيع (١) . أما إذا كان الصلح عن دعوى قصاص في دم العمد فلا محل للخيار (٢) .

وقد جاء في الفتاوي الهندية " صالحه على شيء لم يره فله الخيار إذا رآه كذا في السراجية . إذا ادعى رجل قبل رجل دعوى مصالحه المدعى عليه منها على عدل زطي مقبوض لم يره ثم أن المدعي صالح على هذا العدل رجلاً آخر ادعى قبله دعوى . فقبضه الآخر ولم يره فللآخر أن يرده على الثاني ولم يكن للثاني أن يرده على الأول سواء قبله . الثاني بقضاء أو بغير قضاء ولوكان مكان خيار الرؤية خيار العيب ورد الآخر العدل على الثاني بالعيب بقضاء كان للثاني أن يرده على الأول كذا في الذخيرة " (٣).

المطلب الثالث
العاقد صاحب الخيار

٧٨ - لاخلاف في الفقه بين القائلين بمشروعية خيار الرؤية أنه يثبت للمتصرف إليه (المتملك) وهو المشتري في عقد البيع أو المستأجر في عقد الإيجار على سبيل المثال . لاتفاق ذلك مع أصل مشروعية خيار الرؤية الوارد في قوله عليه

---

(١) انظر الأستاذ أحمد ابراهيم ، المعاملات الشرعية المالية ، ص ٢٤٢ . أنظر المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات ، ص ٢٠٤ وكذلك الدكتور وهبة الزحيلي ، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية والقانون الأردني ، ص ٢٠٧ .

(٢) الفتاوى الهندية ، المرجع السابق ، ص ٢٥١ .

(٣) الفتاوى ، المرجع السابق ، ص ٢٥١ .

الصلاة والسلام " من اشترى شيئاً ولم يره فهو بالخيار إذا رآه " فقوله من " اشترى " قاطعة في الدلالة على أن خيار الرؤية يثبت لمن اشترى لالمن باع [1].

ولأن جهالة الوصف للموصوف له وهو المشتري تؤثر في الرضا فتوجب خللاً فيه وإختلال الرضا في البيع يوجب الخيار ولأن من الجائز اعتراض الندم لما لايصلح له إذا رآه فيحتاج إلى التدارك فيثبت الخيار لأحكام التدارك عن الندم نظراً له[1م].

إلا أن الفقه اختلف في ثبوته للمالك الذي ملك غيره مالم يره ، كالبائع إذا باع مالاً من غير رؤيته ، ويتصور ذلك فيما إذا ورث شخصاً مالاً عن قريب له وقبل رؤيته لهذا المال باعه لغيره، فإنه يصدق عليه في هذه الحالة أنه باع مالم يره [2].

فقد ذهب أبوحنيفة [3] ، وأحمد والشافعي [4] في رأي لهم ، إلى ثبوت الخيار للبائع الذي لم يره المبيع ووجه هذا الرأي أن المقصود من ثبوت الخيار للمشتري الذي لم ير المبيع ثابت هنا بالنسبة للبائع الذي لم يره كذلك [5] . وقيل

(١) بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص ٢٩٢- علي حيدر، شرح مجلة الأحكام، المرجع السابق، ص٢٧٢ د.حسن الذنون، الرسالة السابقة، ص ١٥٢. د.عبدالله العلفي، الرسالة السابقة، ص٣٣٣.

(١م) عبارة بدائع الصنائع، المرجع السابق ، ص ٢٩٢. كذلك فتح القدير، المرجع السابق ، ص٣٣٩.

(٢) فتح القدير ، ج٦ ، ص ٣٣٩ الأستاذ الدكتور محمد مصطفى شلبي ، المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه ، ص ٦٢١ .

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ، ج٥ ، ص ٢٩٢ ، وفتح القدير ، ج٦ ، ص ٣٣٥ .

(٤) المغني، ج٤، ص ٨١ ويقول في ذلك ابن قدامة " لأن البائع جاهل بصفة المعقود عليه فأشبه المشتري فأما الخبر فإنه قول جبير وطلحة وقد خالفهما (عثمان) أي لم يوجد إجماع وقول أحمد أولى لأن البيع يعتبر فيه الرضى منها فتعتبر الرؤية التي هي مظنة الرضى منها " . المهذب للشيرازي ، ج١ ، ص ٢٧١ . المجموع شرح المهذب للنووي ، ج٩ ، ص ٢٩١ .

(٥) بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص ٢٩٢ .

أن أبا حنيفة جعل للبائع الخيار إعتباراً بخيار العيب بأنه يثبت للبائع حتى جاز أن يرد الثمن بالزيافة وهو ثابت بناء على احتباس ماهو بعض المبيع عند البائع فكان بسبيل من ترك حقه أو أحده يأخذ الثمن وردالمبيع .

وفي عدم الرؤية لتحصيل شرط البيع وهو العلم التام بالمبيع [١] . وكذلك الأمر في رواية عن أحمد[٢] .

وذهب أبوحنيفة في قوله الآخر وجمهور الفقهاء إلى اقتصاره على المشتري دون البائع لما قد ذكرناه في الحديث السابق " من اشترى شيئاً لم يره " وكذلك للأثر الذي جاء فيه أن عثمان بن عفان رضي الله عنه باع أرضاً له من طلحة بن عبدالله رضي الله عنه ولم يكونا رأياها فقيل لعثمان غبنت فقال لي الخيار لأني بعته مالم أره وقيل لطلحة مثل ذلك فقال لي الخيار لأني اشتريت مالم أره فحكما في ذلك جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة رضي الله عنه وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد منهم فكان إجماعاً منهم على ذلك [٣] .

وكذلك الاعتبار بجانب المشتري ليس بسديد . لأن مشتري مالم يره مشتر على أنه خير مما ظنه فيكون بمنزلة مشتري على أنه جيد فإذا هو ردىء فله الخيار وبائع شيء لم يره يبيع على أنه أدون مما ظنه فكان بمنزلة بائع شيء على أنه ردىء فإذا هو جيد ومن باع شيئاً على أنه ردىء فإذا هو جيد لاخيار للبائع ولهذا

---

(١) فتح القدير ، ج٦ ، ص ٣٣٩ .

(٢) الكافي لابن قدامة المقدسي ، ج٢ ، ص ١٣ ويقول " ويعتبر لصحة العقد الرؤية من المتعاقدين جميعاً لأن الرضا معتبر منهما فتعتبر الرؤية التي هي مظنة له منهما جميعاً " .

(٣) بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص ٢٩٢ ، فتح القدير ، ج٦ ، ص ٣٣٩ .

افترقا [1] .

وبهذا أخذت مجلة الأحكام العدلية في المادة ٣٢٢ حيث نصت على أنه " لاخيار للبائع ولوكان لم ير المبيع مثلاً لوباع رجل مالاً دخل في ملكه بالإرث وكان لم يره انعقد البيع بالخيار للبائع " .

وبذلك أخذ قانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة ٢٢٦ منه بنصه على أنه " يثبت خيار الرؤية في العقود التي تحتمل الفسخ لمن صدر له التصرف . . " وهو ذات منطوق نص المادة ١٨٤ من القانون المدني الأردني . وفي هذا السياق مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد حيث نصت المادة ١/٢٢٤ على أنه " يثبت خيار الرؤية في عقود المعاوضات المالية للمتملك . . ولولم يشترطه إذا لم ير المعقود عليه المعين بالذات " .

رؤية الوكيل:

٧٩ - لاخلاف في الفقه على اعتبار أن رؤية الوكيل بالشراء كرؤية المشتري نفسه وهو الأصيل . فإذا وكله في شراء حصان فرأه الوكيل وأبرم العقد سقط الخيار برؤية الوكيل . أما إذا اشتراه ولم يره كان له خيار الرؤية [2] . وماذلك إلا

---

(١) بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص ٢٩٢ . المبسوط ، ج١٣ ص ٧٠ و٧١ . فتح القدير، ج٦ ص ٣٣٩. وفي هذا المعنى يقول الأستاذ الدكتور السنهوري أن خيار الرؤية لايثبت للبائع لأنه غلط غير مغتفر لأنه قدر أن المبيع أقل جودة من حقيقته ، وهذا بخلاف المشتري فغلطه يرجع إلى تقديره أن المبيع أكثر جودة من حقيقته. والغلط المقترن بتقصير ممن وقع فيه يكون غلطاً غير مغتفر.والغلط غير المغتفر لايعتد به . . "مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج٢ سنة ١٩٥٤، ص ١٢٥ "

(٢) المبسوط ، ج١٣ ، ص ٧٣ ، بدائع الصنائع للكاساني ، ج٥ ، ص ٢٩٥ ، تبيين الحقائق شرح كنز الداقائق للزيلعي ، ج٤ ، ص ٢٨ .

تطبيقاً لقواعد النيابة بحلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في الشراء [(١)] .

ويقول الكاساني في البدائع " أما التوكيل في البيع والشراء فحقوقهما ترجع إلى الوكيل فيسلم المبيع ويقبضه ويخاصم في العيب وفي الإستحقاق " [(٢)] .

ويقول الكمال بن الهمام "فأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالإجماع"[(٣)] .

٨٠ - أما الرسول وهو من أرسل من طرف المشتري لأخذ المبيع وإرساله فقط لاتسقط رؤيته خيار المشتري (أنظر المادة ٣٣٤ من المجلة) وذلك باعتبار أن تصرفه مادي محض وليس تصرفاً قانونياً [(٤)] .

ولقد جاء في المبسوط " وإذا اشترى شيئاً ثم أرسل رسولاً يقبضه فهو بالخيار إذا رآه ورؤية الرسول وقبضه لايلزمه المتاع لأن المقصود علم العاقد بأوصاف المعقود عليه ليتم رضاه وذلك لايحصل برؤية الرسول فأكثر مافيه أن قبض رسوله كقبضة بنفسه ولوقبض بنفسه قبل الرؤية كان الخيار إذا رآه فكذلك إذا أرسل رسولاً فقبضه له " [(٣)] .

ويقول الكمال ابن الهمام " ولايكون نظر الرسول كنظر المرسل والرسول هو من

(١) د. عبدالمنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، ج١ ١٩٩٠، ص ٣٥٠ .

(٢) بدائع الصنائع ، ج٦ ، ص ٣٣ .

(٣) فتح القدير ج٦ ، ص ٣٤٦ .

(٤) وإن قال علي حيدر صاحب شرح مجلة الأحكام أن الرسول الذي لايكون رؤيته للمبيع كرؤية الأصيل ضربان الأول الرسول بالقبض والثاني الرسول بالشراء لرؤية هذين الضربين للمبيع لاتسقط خيار رؤية المشتري ، الكتاب الأول ، ص ٢٧٩ .

(٣) المبسوط ، ج١٣ ، المرجع السابق ، ص ٧٣ .

يقـول له المشـتـري قـل لفـلان يدفع إليك المبـيع أو أنت رسـولي إليـه في قـبـضـه أو أرسلتك لقبـضـه أوأمرتك بقبـضـه ، وعلى هذا إذا قـال اذهب فـاقـبـضـه يكون رسـولاً لاوكيلاً يخيلا لأنه من ماصدقات أمرتك " [١] .

٨١ - أما رؤية الوكيل بالقبض فقد كانت محل اختلاف في الفقه الحنفي حيث ذهب أبوحنيـفة إلى القول بأنه إذا وكل وكيـلاً يقبض المبيع فرآه الوكيـل وقبضه لم يكن للموكل منه خيار بعد ذلك [٢] .

ويدلل أبوحنيـفة لما يذهب إليه بقوله التـوكيل بمطلق القبض يثبت للوكيـل دلالة إتمام القبض كالتـوكيل بمطلق العقد يثبت للوكيل ولأن إتمامه و تمام القبض لايكون إلا بعد تمام الصفقة والصفقة لاتتم مع بقاء خيار الرؤية فيضمن التوكيل بالقبض بأنه الوكيل مناب نفسه في الرؤية المسقطة لخياره [٣] .

ويحتج الصاحبان بأن القبض فعل (أي تصرف مادي) والرسول والوكيل فيـه سواء فيرد الموكل الذي له الخيار ماقبضه وكيله كما يرد ماقبضه رسوله والوكيل بالقبض قبل الوكالة بالقبض دون إسقاط الخيار فلا يملك مالم يتوكل به وإذا لم تملكه لايثبت عن فعله وصار كخيار العيب والشرط بأن اشترى معيباً لم ير عيبه ثم وكل بقبضه فقبضه الوكيل لايسقط خيار الشرط وصار أيضاً كالإسقاط قصداً بأن قبضه الوكيل بالقبض مستوراً ثم رآه مايسقط الخيار قصد ألا يسقط [٤] .

---

(١) فتح القدير ، المرجع السابق ، ج٦ ، ص ٣٤٦ .

(٢) المبسوط ، المرجع السابق ، ص ٧٣ .

(٣) المبسوط ، ج١٣ ، ص ٧٣ .

(٤) فتح القدير ، ج٦ ، ص ٣٤٦ .

ويذهب أبوحنيفة إلى أن قبض " الوكيل بالقبض " على نوعين :

الأول : قبض تام وهو قبض الوكيل للمبيع وهو يراه وهذا القبض يسقط خيار الموكل .

الثاني : القبض الناقص ، وهو قبض الوكيل مايقتضي للمبيع من غير أن يراه ، فلو قبض الوكيل بالقبض المبيع وهو مستور بشيء فلا يسقط خياره كما أنه لورآه بعد القبض ورضي به وأسقط خياره فلا يسقط خيار الموكل [1] .

ويقول علي حيدر في ذلك " لأن قبض الوكيل بالقبض للمبيع على هذا الوجه وهو مستور يجعل وكالة الوكيل منتهية بذلك القبض الناقص ويكون منعزلاً وبما أنه أجنبي فليس له إسقاط خيار رؤية الأصيل " [2] .

وقد أورد ابن الهمام رداً على ما ورد عن أبي حنيفة . بقوله " ونقضي بمسألتين لم يقم الوكيل مقام الموكل فيهما .

إحداهما أن الوكيل لورأى قبل القبض لم يسقط برؤيته الخيار والموكل لو رأى ولم يقبض يسقط خياره .

والثانية لوقبضه الموكل مستوراً ثم رآه بعد القبض فأبطل الخيار بطل ، والوكيل لو فعل ذلك لم يبطل . وأجيب بأن سقوط الخيار بقبض الوكيل إنما يثبت ضمناً لتمام قبضه بسبب ولايته بالوكالة ، وليس هذا ثابتاً في مجرد رؤيته قبل

---

(١) فتح القدير ، ج٦ ، ص ٣٤٧ . المبسوط ، ج١٣ ، ص ٧٤ . تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ، ج٤ ، ص ٢٨ .

(٢) شرح مجلة الأحكام المرجع السابق ، ج١ ، ص ٢٧٩ .

القبض . ونقول : بل الحكم المذكور للموكل وهو سقوط خياره إذا رآه إنما يتأتى على القول بأن مجرد مضي مايتمكن به من الفسخ بعد الرؤية يسقط الخيار وليس هو بالصحيح ، ويعين الجواب الأول يقع الفرق في المسألة الثانية لأنه لم يثبت ضمناً للقبض الصحيح . بل ثبت بعد انتهاء الوكالة بالقبض الناقص [1] .

ولقد انتصرت مجلة الأحكام العدلية لرأي أبي حنيفة حيث نصت المادة ٣٣٣ على أنه " الوكيل بشراء شيء والوكيل بقبضه تكون رؤيتهما لذلك الشيء كرؤية الأصيل " . وذات النص أورده المشرع العراقي في المادة ٥٢١ من القانون المدني ، وكذلك القانون المدني اليمني في المادة ٤٧١ ، حيث نصت علي أن " رؤية الوكيل المفوض في الشراء وقبضه المبيع ورضاه به كرؤية الأصيل وقبضه ورضاه " .

ولم يورد قانون المعاملات المدنية الإماراتي نصاً يبين حكم الوكيل بالقبض - إلا أننا نذهب مع أبي يوسف ومحمد والكمال ابن الهمام بأنه لاتكون رؤيته للمبيع مسقطة لخيار الرؤية لذات الأسباب التي أوردناها عنهم سابقاً إذ أن الوكيل بالقبض يشابه في تصرفه الرسول حيث أن فعله في أصله وحقيقته مادي ولم يوكل بالشيء من ذلك اذ نفترض أنه رآه هل له أن يمتنع عن قبضه ؟ ليس له ذلك إذ هو مأمور بفعل محدد وهو قبض المبيع . وإذا قبضه فكيف تكون رؤيته مسقطة للخيار إذ إرادته منصرفة لفعل مادي وهو القبض .

---

(١) فتح القدير ، ج٦ ، ص ٣٤٧ .

المطلب الرابع
وقـــت ثبـــوت الخيار

عند الكلام عن نطاق المدة في خيار الرؤية ، لابد من التعرض لمسألة كيفية احتساب بداية هذه المدة وانتهائها . فعندما حدد الفقه العقود التي ينشأ فيها حق خيار الرؤية اشترط لقيام هذا الحق عدم الرؤية قبل العقد أو عنده إذ بالرؤية يصبح هذا الحق عضواً نشطاً بعد أن كان خاملاً بحيث يعطي صاحبه الحق في تحديد مصير العقد .

بداية الخيار:

٨٢ - ولقد حدد الفقه بداية مدة الخيار وفقاً لحديث رسول الله صلى عليه وسلم بقوله " من اشترى مالم يره فهو بالخيار إذا رآه " فأحكام الحديث قد قيدت قيام الحق في الرضى أو الفسخ بالرؤية . ومن ثم فإجازة العقد قبلها لايؤخذ مركزاً قانونياً للبائع في مواجهة المشتري ، بإعتبار أن الخيار يثبت عند رؤية المعقود عليه وفقاً للنص التشريعي وهو الحديث . و في ذلك السرخسي يقول " أن في الرضا قبل الرؤية هنا إبطال حكم ثبت بالنص وهو الخيار للمشتري عند رؤية المعقود عليه لأنه يراه بعد ذلك ولاخيار له وليس له في الفسخ إبطال حكم ثابت بالنص لأنه يوجد رؤية المعقود عليه خالياً عن الخيار وقد أثبت الشرع الخيار عند رؤية المعقود عليه بخلاف الفسخ قبل الرؤية لأن بالفسخ خرج من أن يكون معقود عليه فلا يوجد بعد ذلك رؤية المعقود عليه خالياً عن الخيار ثم يشترط لإسقاط الخيار هنا الرؤية التي توجب إعلام ماهو المقصود "[1] .

---

(١) المبسوط ، ج١٣ ، ص ٧١ .

كذلك قال الكاساني " وأما بيان وقت ثبوت الخيار . فوقت ثبوت الخيار هو وقت الرؤية لاقبلها حتى لو أجاز قبل الرؤية ورضي به صريحاً فإن قال أجزت أو رضيت أو مايجري هذا المجرى ثم رآه له أن يرده لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أثبت الخيار للمشتري بعد الرؤية فلو ثبت له خيار الإجازة قبل الرؤية وأجاز لم يثبت له الخيار بعد الرؤية وهذا خلاف النص لأن المعقود عليه قبل الرؤية مجهول الوصف قبل الرؤية " [1] .

٨٣ - وبالرجوع إلى نصوص قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات نرى أن نص المادة ٢٢٦ يقول " يثبت خيار الرؤية ... إذا لم ير المعقود عليه ... " وفي المادة ٢٢٧ نص على أنه " يبقى خيار الرؤية حتى تتم الرؤية في الأجل المتفق عليه أو يوجد مايسقطه ".

والناظر في هذه النصوص يرى أن عبارة النص فيها لايفيد أن حق خيار الرؤية ينشأ بعد الرؤية أو عندها . إنما استعمال هذا الحق ينشأ بمجرد إبرام العقد والرضا به ، وذلك ماتفيده عبارة " يبقى خيار الرؤية حتى تتم الرؤية " إلا أننا نرى أن صياغة النص غير سليمة ، على اعتبار أن قانون المعاملات المدنية قد أخذ هذا النص من القانون المدني الأردني الذي بدوره اشتقه من الفقه الحنفي . والفقه الحنفي جميعه متفق على أنه يثبت خيار الرؤية وقت الرؤية لا قبلها كما أوردناه سالفاً .وكذلك باعتبار أن النصوص تفسر بعضها بعضاً عند حالة الإبهام . فإن نص المادة

(١) بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص ٢٩٥ ، كذلك فتح القدير للكمال بن الهمام ، ج٦ ، ص ٣٣٦ والاختيار لتعليل المختار . عبدالله بن محمود الموصلي ، ج٣ ، ص ١٨ ، وكذلك من الكتب الحديثة د . عبدالستار أبوغدة ، الرسالة السابقة ، ص ٤٠٥ و د . عبدالله العلفي الرسالة السابقة ، ص ٣٤٤ وكذلك الشيخ على الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٢٤٥ . وكذلك الدكتور عبدالمجيد مطلوب ، المقالة السابقة ، ص ٤٩٧ .

٢/٢٢٩ من قانون المعاملات المدنية قد أوضح ذلك بنصه على أنه " ٢ - ويسقط برؤية المعقود عليه وقبوله صراحة أو دلالة .. " وعلى ذلك فإن قبول المعقود عليه قبل الرؤية لايسقط هذا الخيار . وهذا ما أكده نص الفقرة الأولى من ذات المادة بقوله " ١- لايسقط خيار الرؤية بالإسقاط " . ولذلك نرجح أن قانون المعاملات المدنية يتفق مع المذهب الحنفي في هذا الأمر وإن جاءت صياغته في هذه المسألة غير سليمة . وقد يكون مرجع ذلك اشتقاق النص من المجلة التي وقعت في الإبهام ذاته حيث نصت في المادة ٣٢٠ على أنه " من اشترى شيئاً ولم يره كان له الخيار حتي يراه فإذا رآه إن شاء قبله وإن شاء فسخ البيع ويقال لهذا الخيار خيار الرؤية " . وفي شرح هذا النص يقول الأستاذ علي حيدر الآتي " وتقول الكتب الفقهية (مخير عند الرؤية) وبين ذلك وقول المجلة (حتى يراه) فرق فإن تعبير المجلة يفيد ثبوت خيار الرؤية قبل الرؤية وتعبير الفقهاء يفيد ثبوته وقت الرؤية والحقيقة أن خيار الرؤية لا يثبت قبل الرؤية بل وقتها وإن كان للمشتري أن يفسخ البيع قبل الرؤية إلا أن هذا الحق لابسبب خيار الرؤية لأنه إنما نشأ من كون العقد المذكور غير لازم ومن حق أحد الطرفين الذي لايعد العقد لازماً بالنظر إليه أن يفسخ هذا العقد فلو قالت المجلة(هو مخير عند الرؤية) لكان أوفى بالمقصود وأدفع للوهم وسوء الفهم " [1] .

نهاية الخيار :

٨٤ - لقد انقسم الفقه الاسلامي في هذه المسألة إلى مذاهب مختلفة فمنهم من رأى أن الخيار على التراخي وفريق ذهب إلى أنه على الفور وآخر يرى أنه مؤقت بالمجلس .

فأما الفريق الأول ، فقد ذهب إلى أن خيار الرؤية غير مؤقت بزمن معين فمتى

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، المرجع السابق ، ص ٢٦٩ .

بدأ بالرؤية فإنه لاتنتهي حتى يوجد مايبطله وهو اختيار الكرخي وينقل الكاساني عن الكرخي ومن تبعه في الرأي " وأما بيان كيفية ثبوت الخيار فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم أن خيار الرؤية بعد الرؤية يثبت مطلقاً في جميع العمر أي أن يوجد مايبطله فيبطل حينئذ وإلا فيبقى على حاله ولايتوقف بإمكان الفسخ وهو اختيار الكرخي لأن سبب ثبوت الخيار هواختلال الرضا والحكم يبقى مابقي سببه " [١] .

ويقول السرخسي " لأن العلم بما هو المقصود إنما يحصل به فلا يسقط خياره مالم يرضى بعد العلم بما هو المقصود صريحاً أو دلالة وليس للخيار في هذا وقت . لأن الحديث ورد بخيار مطلق للمشتري . فالتوقيت فيه زيادة على النص ولأن هذا في معنى خيار العيب وذلك لايتوقف " [٢] .

وأما الفريق الثاني: فيرى أن خيار الرؤية يكون على الفور عند الرؤية ويورد ابن قدامة في ذلك " وأن حكمنا بالصحة فللمشتري الخيار عند الرؤية للمبيع في الفسخ أوالإمضاء(ويكون على الفور) فإن اختار الفسخ فله ذلك وإن لم يفسخ لزم العقد لأن الخيار خيار الرؤية فوجب أن يكون عندها [٣] .

ويقول الكاساني " وقال بعضهم أنه يثبت مؤقتاً إلى غاية إمكان الفسخ بعد الرؤية حتى لورآه وأمكنه الفسخ ولم يفسخ يسقط خياره وإن لم توجد الأسباب المسقطة للخيار .. لأن من الأسباب المسقطة للخيار الرضا والإجارة والإمتناع من

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ، المرجع السابق ، ص ٢٩٥ .

(٢) السرخسي ، المرجع السابق ، ص ٧١ وكذلك الإختيار للموصلي ، المرجع السابق ، ص ١٨ و١٩ ، الكمال ابن الهمام ، فتح القدير ، المرجع السابق ، ص ٣٤٠ .

(٣) المغني ويليه الشرح الكبير ، ج٤ ، ص ٧٨ . والكافي لابن قدامة المقدسي ، ج٢ ، ص ١٢ .

الفسخ بعد الإمكان دليل الإجازة والرضا " [1] . ولأنه خيار تعلق بالإطلاع على حال المبيع فأشبه الرد بالعيب " [2] .

وقد ذكر الأستاذ عبدالستار أبوغدة أن هذا هو مذهب الزيدية وقد صرحوا " بأن الحق في الخيار يبطل بسكوته عقيب الرؤية إذا كان رؤية مميزة فلو تراخى عن الفسخ عقيبها يبطل الخيار فهو على الفور كالشفعة ، لكن صاحب التاج ذكر أن هذا إذا علم أن التراخي يبطل والقول قوله في الجهل . وذكر عن أحدهم قوله أن خيار الشرط ممدود بالمدة دون تراخٍ فكذلك خيار الرؤية لأن الرؤية بالنسبة له كالمدة . فإذا سكت عقيبها لزم العقد " [3] .

وأما الفريق الثالث، فيذهب إلى أن خيار الرؤية مقيد بالمجلس لأنه خيار ثابت بمقتضى العقد ، فتقيد بالمجلس كخيار المجلس [4] .

---

(١) بدائع الصنائع ، المرجع السابق ، ص ٢٩٥ . (ويورد الأستاذ مصطفى الزرقا تفسيراً للحديث النبوي بقوله " على أن الحديث الآنف الذكر وهو الذي ثبت به حكم الرؤية قد يشعر بمعنى التورية فيه، فإن قول النبي عليه السلام " فله الخيار إذا رأى " قد يفهم منه أنن الخيار إنما يثبت عند الرؤية لابعدها ويستثنى الزمن الذي يحتاج فيه إلى التروي عادة ، وهو الأجل الذي كان ينبغي أن يحدده الإجتهاد فيلحق بالعندية لا بالبعدية ، وهو رأي آخر في الإجتهاد الحنفي يرى أصحابه توقيت خيار الرؤية بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية ، فلو تمكن المشتري منه ولم يفسخ سقط خياره . لكن ينقص هذا الرأي تحديد الإمكان بوقت مناسب عادة ، وهو ما كان ينبغي أن تتداركه المجلة " د. الزرقا ، العقود المسماة في الفقه الإسلامي ، عقد البيع ، سنة ١٩٤٨ ، فقرة ٦٠ ، ص ٤٨ .

(٢) فتح القدير ، المرجع السابق ، ص ٣٤٠ .

(٣) د. عبدالستار أبوغدة رسالته السابقة، ج٢، ص ٥٤٦ وقد نقلها عن كتب الزيدية - المنتزع المختار، شرح الأزهار، ج٢، ص ٩٢ والتاج المذهب، ج٢، ص ٣٩٩ . والبحر الزاخر، ج٣، ص٣٥١ .

(٤) الكافي لابن قدامة المقدسي ، المرجع السابق ، ص ١٢ ، المغني لابن قدامة ، ج٤ ، ص ٧٩ .

ولقـد أورد النووي في المجـمـوع " والثـاني (أي الرأي الآخـر) وهو قـول أبي علي ابن أبي هريرة أن العقد تام ولهما خيار المجلس مالم يتفرقا .. وليس لأحدهما الفـسخ قـبل الرؤية ، قـال الماوردي : وثبـوت الخـيـار لمن له الرؤية ينبني على هذا الخلاف . فعند أبي اسحق أن خيار المجلس عند الرؤية ، ويدوم مـالم يفارق المجلس، قـال ، وله أن يشـتـرط في المجلس خـيـار الثـلاث ، وتأجـيل الثـمن والزيـادة فـيـه أو النقـصـان منه ، وعند أبى علي لا خـيـار له إلا بعـيـب وليس له شـرط خـيـار الثـلاث ولاتأجيل الثمن ولا الزيادة فيه ولا النقص منه" [1] .

وذكر الأستاذ عبدالستار أبوغدة رأياً للزيدية " بأن خيار الرؤية يعتبر لانتـهائه المجلس بعد الرؤية ويبقى الخيار للمشتري إلي أن ينتهى مجلس الرؤية ، ومستندهم لهذا تشبيه خيار الرؤية بالقبول ، لثبوته بالعقد ، ومن المقرر أن خيار القبول بعد صدور الإيجاب مرهون بالمجلس [2] .

٨٥ - إن الأخـذ بالرأي الأول والذي يثـبت الخـيـار على التـراخي ويجـعله مطلقاً، فيه مشقة وإطالة لفترة اللزوم ، ومما يؤدي إلى عدم استقرار التعامل ويضر بالمتعاقد الآخر ، وإذا عرفنا أن الأصل في العقودالنفاذ واللزوم وأن وجود الخيار مضـعف لهذه الرابطة العـقـدية ومـخالف لقـوله تعـالى (ياأيها الذين آمنوا أوفـوا بالعقود) ، فلا ينبغي أن يخرج الخيار عن هذا الأصل إلا بمقدار التعيين . فإذا نص الشـارع على خيار معين نصاً إجمالياً دون تحديد لمدة معينة له وجب الإقتصار على القدر المتيقن وهو الفور . فإذا لم يستعمل من له الخيار حقه في فسخ العقد بعد

---

(١) المجموع ، شرح المهذب ، ج٩ ، ص ٢٨٩ .

(٢) د. عبدالستار أبوغدة ، المرجع السابق ، ص ٥٤٧ نقلاً عن البحر الزخار ، ج٣ ، ص ٣٥١ . والتاج المذهب ، ج٢ ، ص ٣٩٩ .

نشوء سببه مباشرة أو علمه بذلك صار العقد لازماً (١) .

وكذلك إذا نظرنا في العقود الأخرى التي يدخل فيها خيار الرؤية كعقد الإيجار فلا يمكن أن يستقيم القول بوجود خيار الرؤية فيه وإعطاء المتعاقد أمداً طويلاً حتى إذا ماكان يريد أن يثبت العقد أو يفسخه وإلا كان في ذلك تفويت مصالح العاقد الآخر وأي تفويت .

٨٦ - و وقد نص قانون المعاملات المدنية في المادة ٢٢٧ على أنه " يبقى خيار الرؤية حتى تتم الرؤية في الأجل المتفق عليه أو يوجد مايسقطه " ويماثلها المادة ١٨٥ من القانون المدني الأردني .

وإن كان نص المادة ٢٢٧ يشير في بعضه إلى حالة سقوط الخيار التي وردت في المادة ٢٢٩ من قانون المعاملات المدنية وسوف نتعرض لها لاحقاً ، فإنه أورد في صدر المادة بأنه " حتى تتم الرؤية في الأجل المتفق عليه " والمفهوم من ذلك أنه لابد من تحديد أجل معين بين المتصرف والمتصرف إليه تتم الرؤية فيه . فإذا لم يسقط الحق في الخيار قبل تحديد الأجل وفقاً للصور التي أوردتها الفقرة الثانية من المادة ٢٢٩ معاملات مدنية وبُلغ الأجل المتفق عليه وتمت الرؤية فيه هنا إذا قرر المشتري القبول صراحة أو دلالة (٢) . فإن المترتب عليه سقوط خيار الرؤية (م ٢٢٩/١ معاملات مدنية)

---

(١) د. حسن الذنون رسالته النظرية العامة للفسخ ، سنة ١٩٤٦ ، ص ١٢٩ .

(٢) إذ جاء في الفقرة الثانية (٢ - ويسقط برؤية المعقود عليه وقبوله صراحة أو دلالة .) والواو في وقبوله للعطف على المعطوف عليه وهو رؤية المعقود عليه .. فيسبق القبول رؤية المعقود عليه .. والظاهر أنه لاتكفي الرؤية وإنما لابد من التعبير عن القبول .

ولايمنع ذلك من أن تتم الرؤية قبل الأجل المتفق عليه والتعبير عن القبول بعدها، إلا إذا كان هناك مايستدل عليه من شرط أو ظرف بإن المتصرف قد طلب مهلة قبل الرؤية حتى يعد أو يهيىء المعقود عليه للرؤية التي يترتب عليها التصريح بالقبول . ولكن ما هو الحل لو تمت الرؤية في الأجل المتفق عليه ولم يعبر المتصرف إليه عن قبوله صراحة أو دلالة ؟

فلو قلنا أن للمتصرف إليه الحق في اتخاذ رأيه على التراخي كما هو الشأن بالنسبة للفريق الأول الذي ذكرناه سابقاً لأدى ذلك إلى وجود صعوبات كثيرة كعدم استقرار التعامل وغير ذلك مما سقناه آنفاً .. وللخروج من هذا المشكل فإننا نلجأ إلى نصوص القانون التي يفسر بعضها بعضاً .. فإذا نص القانون على أنه يجب أن تتم الرؤية في الأجل المتفق عليه فهو لايعني التوقف عند هذا الحق وإنما قصد بذلك حسم المسألة بأن يكون من له الحق في الرؤية أن يعلن موقفه من المعقود عليه حتى لاتبقى الإتفاقات غلقة وغير لازمة إلى أمد بعيد ، وهنا نستعين بنص المادة ٣٥٦ وفي فقرتها الأولى والتي تنص على أنه " ١ - لاينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان ويعتبر قبولاً " فإذا سكت عند رؤية المعقود عليه والعقد محتاج إلى تثبيت وإزالة الوهن منه وهو عدم لزومه فكان السكوت بياناً وقبولاً .

وكنا نتمنى من المشرع الاماراتي أن يكون أكثر وضوحاً في نصه على هذه المسألة كما هو الشأن بالنسبة للمشرع العراقي في المادة ١/٥١٧ مدني عراقي والتي نصت على أنه " من اشترى شيئاً لم يره كان له الخيار حين يراه . فإن شاء قبله وإن شاء فسخ البيع .. " وكذلك المشرع اليمني حينما نص في المادة ٢٣٨ مدني يمني على أنه " يسقط حق من له خيار الرؤية أصيلاً أو وكيلاً في الأحوال التالية : ٢ - رؤية المتعاقد عليه قبل العقد رؤية مميزة تفي بالغرض أو رؤيته بعد

العقد إذا لم يفسخ بعدها مباشرة " .

ونشير في نهاية الأمر إلى أنه لو افترضنا بناء على نص المادة ٢٢٧ معاملات مدنية أنه عند الأجل المتفق عليه لم يقم المتصرف إليه برؤية المعقود عليه - رغم تمكينه من ذلك - أو عدم تحديد أجلاً للرؤية إلا أن المتصرف قد مكن المتصرف إليه من الرؤية ولم يقم الأخير بالرؤية فهل يظل حقه في الخيار قائماً أم يسقط بمرور الزمن . أن النصوص لم تصرح بحل لهذه المسألة في قانون المعاملات المدنية وكذلك أقوال الفقهاء لم تتعرض لهذه المسألة صراحة حيث ربط الحق في الخيار وثبوته برؤية المعقود عليه .

إننا نرى أن استمرار الحق في الخيار قائماً رغم تمكين المتصرف إليه من الرؤية وامتناعه عن ذلك فيه ضرر للمتصرف وهو عدم الحسم بالنسبة للعقد وقد يفوت عليه فرصته ببيعه - مثلاً - إذا ما اختار الطرف الثاني الفسخ . وهنا نقول أن الضرر يزال وفقاً للمادة ٤٢ /٢ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي . ويتم ذلك عن طريق أعذار المتصرف إليه بأن يقوم برؤية المعقود عليه وتحديد موقفه من العقد، وإلا كان للمتصرف أن يطلب تنفيذه أو فسخه وفقاً لنص المادة ٢٧٢ معاملات مدنية التي تنص على أنه "١- في العقودالملزمة للجانبين . إذا لم يوفى أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للمتعاقد الآخر بعد أعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه " .

٨٧ - وفي كل الأحوال نرى تطبيق المادة ٤٧٣ من قانون المعاملات المدنية في حالة إذا مر الزمن ومُكنّ المتصرف إليه من الرؤية ولم يقم بذلك ودون وجود عذر شرعي يمنعه وهي التي تنص علي أنه " لاينقضي الحق بمرور الزمان ولكن لاتسمع الدعوى به على المنكر بانقضاء خمس عشرة سنة بغير عذر شرعي مع

مراعاة ماوردت فيه أحكام خاصة " .

وكنا نتمنى على المشرع الإماراتي أيضاً حسم هذه المسألة كذلك صراحة كما فعل المشرع العراقي إذ نص في المادة ٢٥٣ مدني عراقي على أنه " ١ - يسقط خيار الرؤية بموت المشتري وتصرفه في المبيع قبل أن يراه .. وبمضي وقت كاف يمكن المشتري من رؤية الشيء دون أن يراه ، وكذلك نص مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد في المادة ٢٢٦ على أنه " ٢ - يسقط خيار الرؤية في الحالات التالية : ج - بعد الرؤية . أو بعد التمكن منها . ولو لم يره فعلاً إذا لم يصرح من له الخيار برغبته في الفسخ خلال مدة معقولة لاتتجاوز ثلاثين يوماً .

المبحث الثاني
اثر خيار الرؤية على مصير العقد

٨٨ - ان العقد غير اللازم بسبب ثبوت حق خيار الرؤية ، يعد كما رأينا عقداً ضعيفاً بسبب عدم اللزوم ، ولايمكن أن يستمر العقد بهذه الحالة على الدوام . إذ لابد من حسم أمره إما بلزومه ، وتأكيد قوته وإما بفسخه وانهاء وجوده. وعلى ذلك سوف نبحث في مطلب أول لزوم العقد ثم نلحقه بمطلب ثان تحت مسمى فسخ العقد .

المطلب الأول
لزوم العقد

٨٩ - تتعدد طرق لزوم العقد بتعدد أسباب زوال الضعف الذي يعتريه

ويمكن التمييز في هذا الصدد بين الاجازة وبين السقوط . وهو مانتناوله في فرعين نلحق بهما فرعاً ثالثاً نبحث فيه مسألة وهي هل ينتقل خيار الرؤية أم لا ؟ .

الفرع الأول
إجازة العقد

٩٠ - جاء في صدر الفقرة الثانية من المادة ٢٢٩ الآتي " ٢ - ويسقط - أي خيار الرؤية - برؤية المعقود عليه وقبوله صراحة أو دلالة . . " فلقد جعل النص مناط سقوط الخيار الإجازة صراحة أو دلالة وشرط وقوعها بعد رؤية المعقود عليه.

وتفصيل ذلك أن خيار الرؤية يسقط بالاجازة الصادرة من المتملك للعقد بعد رؤية المعقود عليه .

ومعنى الاجازة هنا هي إمضاء العقد النافذ المشتمل على خيار لأحد العاقدين، فيصير لازماً بإجازته ممن له الخيار في فسخه وبه يسقط خياره [١] .

ويجب أن نميز هنا بين الاجازة بهذا المعنى وماذكرناه سابقاً من وقوع التصرفات التي لاتحتمل الرفع أو التي توجب للغير حقاً لازماً، إذ أن الأمر في هذه التصرفات لايتعلق باجازة، وإنما يتعلق بامتناع الفسخ أصلاً في هذه التصرفات[٢] .

والاجازة الصريحة كأن يقول المتملك أجزت البيع أو رضيته أو اخترته أو لزمني. وهي تتحقق بكل مايفيد الرضا صراحة فتكون باللفظ على النحو المتقدم

(١) بدائع الصنائع المرجع السابق ص ٢٩٥ . د. عبدالرازق حسن فرج المرجع السابق ص ٩ .

(٢) الدكتور عبدالستار أبوغدة ج٢ ص ٥٥٤ نقلتها بلفظه ، انظر في ذلك بدائع الصنائع للكاساني المرجع السابق ص ٢٩٥ بذات المعنى وكذلك علي حيدر شرح المجلة ج١ ص ٢٨٠ و٢٨١ .

كما تكون بما يقوم مقامه كالكتابة أو الإشارة لمن لايستطيع النطق [1] .

ولم يشترط في الاجازة علم البائع أو المملك بالاجازة فهي تقع ولو لم يعلم لأن الأصل في البيع المطلق (بدون شرط أو قيد) هو للزوم والامتناع لخلل في الرضا فإذا أجاز ورضي فقد زال المانع فيلزم [2] .

والاجازة لاتحدث أثرها المذكور إلا إذا شملت المعقود عليه كله. فإذا صرح العاقد بالاجازة في البعض دون الآخر، فلا تعد اجازة ولاتسقط خياره لما فيه من تفريق الصفقة على المتعاقد الآخر قبل التمام فلأن لايسقط بدلالة الاجازة أولى[3] .

الاجازة دلالة (الاجازة الضمنية):

وكما تكون الاجازة باللفظ الصريح ، تكون بالدلالة الضمنية فإذا أتى الشخص فعلاً يدل على الرضا كان إجازة ، ومثالها أن يقبض المبيع بعد رؤيته له ، لأن القبض بعد الرؤية يفيد لزوم البيع [4] .

وكذلك تعد اجازة ضمنية التصرف في المبيع تصرف الملاك بأن كان ثوباً فقطعه

---

(١) الفتاوى الخانية ج٢ ص ١٧٤ ولقد نصت مجلة الأحكام العدلية على الاجازة القولية في المادة ٣٠٣ منها على أن " الاجازة القولية على لفظ يدل على الرضا بلزوم البيع كأجزت ورضيت .

(٢) البدائع المرجع السابق ص ٢٩٥ .

(٣) بدائع الصنائع المرجع السابق ص ٢٩٦ .

(٤) لأن للقبض شبهاً بالعقد فكان القبض بعد الرؤية كالعقد بعد الرؤية وذاك دليل الرضا كذا هذا وسواء قبضه بنفسه أو وكيله ، البدائع المرجع السابق ص ٢٩٥ ، وقد نصت المادة ٣٠٤ من المجلة على أن الاجازة الفعلية هي كل فعل يدل على الرضا . . "

أو سيارة فصبغها أو أرضاً فبنى عليها أو غرس أو زرع بها [1] . أو نحـو ذلك لأن الاقدام على هذه التصرفات لو لم يتعبر إجازة ، لظل له معها حق الفسخ ، فإن فسخ بالفعل ، لاعتبر أنه تصرف في ملك الغير من وجه وأنه حرام فعل ذلك . واعتبار التصرف اجازة فيه صيانة له عن ارتكاب الحرام [2] .

وكذلك إذا عرض المبيع على البيع باعه أو لم يبعه لأنه لما عرضه على البيع فقد قصد اثبات الملك اللازم للمشتري ولابد من لزوم الملك له فيمكنه إثباته ونقله لغيره. بل يسقط خياره ولو عرض بعضه علي البيع عند أبي يوسف [3] . وعند محمد الشيباني لايسقط ، والصحيح قول أبي يوسف لأن سقوط الخيار ولزوم البيع بالعرض لكون العرض دلالة على الاجازة والرضا وكذا إذا رهنه وسلم أو آجره لأن الثابت فيهما حق لازم للغير .

ولو باع بشرط الخيار لنفسه لايسقط خياره في رواية وفي رواية يسقط وهي الصحيحة لأن البيع بشرط الخيار لايكون ادنى من العرض على البيع بل فوقه والعرض على البيع يسقط الخيار فهذا أولى .

وكذا لو أخرج بعضه عن ملكه يسقط خياره عن الباقي ولزوم البيع فيه لأن رد الباقي تفريق الصفقة على البائع قبل التمام [4] .

---

(١) البدائع المرجع السابق ص ٢٩٦ .

(٢) البدائع ص ٢٩٦ ، فتح القدير ج٦ ص ٣٤٠ و ٣٤١ .

(٣) البدائع ص ٢٩٦ .

(٤) فتح القدير ج٦ ص ٣٤١ ، البدائع المرجع السابق ص ٢٩٦

٩١ - اما شروط الاجازة هنا فهي كالاتي:

(١) يشترط لصحة الاجازة أن يكون وقوعها بعد رؤية المتملك للمعقود عليه. لأنه لو صرح بالاجازة قبل الرؤية فكأنه استعملها قبل آوان ثبوتها ، فلو أجاز قبل الرؤية صراحة ثم رآه له أن يرده " [١] .

(٢) يشترط الحنفية قيام العاقد المتملك وقت صدور التصرف ووقت الاجازة (أي كونه حياً) ، ويخالفهم الجمهور فلا يستلزمون وجود المتملك إذ لو مات قبل أن يجيز انتقل الحق لورثته وبحق نؤيد رأي لجمهور في ذلك . وسوف نعود إلى هذه المسألة مرة أخرى .

(٣) أن تصدر الاجازة حال بقاء المعقود عليه ، فلو هلك قبل الاجازة بآفة سماوية أو بفعل المشتري فإن الفسخ يمتنع ويسقط خياره بلزومه [٢] .

الاسقاط والاجازة:

٩٢ - ميز المشرع في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات بين إسقاط خيار الرؤية وبين الاجازة والسقوط فقد نص في المادة ٢٢٩ على الآتي : " لايسقط خيار الرؤية بالاسقاط .

٢ - ويسقط برؤية المعقود عليه وقبوله صراحة أو دلالة كما يسقط بموت صاحبه وبهلاك المعقود عليه كله أو بعضه وبتعيبه وبتصرف من له الخيار فيه تصرفاً لايحتمل الفسخ أو تصرفاً يوجب حقاً لغيره " وهي مطابقة للمادة ١٨٧ من القانون المدني الأردني .

---

(١) فتح القدير، ج٦ ، ص ٣٤٢ ، البدائع ج٥ ، ص ٢٩٦ ، د. عبدالستار أبوغدة المرجع السابق، ج٢ ، ص ٥٥٥ .

(٢) انظر د. عبدالرازق حسن فرج ، الاجازة في التصرفات القانونية ص ١١٣ ومابعدها .

بداية نقول لقد ورد النص في القانون مطلقاً من التقييد فلم يحدد ، هل استحالة الإسقاط قبل الرؤية أم بعدها ؟ وهل الاستحالة هنا مطلقة أم متوقفة على نوع الفعل المسقط لها ؟

هذه التساؤلات لم يوضحها النص فكان لابد من الرجوع إلى الفقه . وإذا علمنا أن النص قد استقى من الفقه الحنفي بالتحديد فكان لابد من أن يكون هو مصدرنا للتفسير . و سوف نتطرق إلى المقصود بالإسقاط وعدم سقوط خيار الرؤية ثم نتناول حالات إسقاط الخيار .

نوضح معنى قول نص القانون لايسقط خيار الرؤية بالإسقاط بما ذكره الكاساني حيث يقول : خيار الرؤية لايسقط بصريح الإسقاط لا قبل الرؤية ولابعدها

أما قبلها : فلما ذكر قبل ذلك أنه لاخيار قبل الرؤية لأن آوان ثبوت الخيار هو آوان الرؤية فقبل الرؤية لاخيار وإسقاط الشيء قبل ثبوته وثبوت سببه محال .

أما بعد الرؤية : فلأن الخيار ماثبت باشتراط العاقدين لأن ركن العقد مطلق عن الشرط نصاً ودلالة ، وإنما يثبت شرعاً بحكمه فيه فكان ثابتاً حقاً لله تعالى . وإما خيار الشرط والعيب فيثبت باشتراط العاقدين أما خيار الشرط فظاهر لأنه منصوص عليه في العقد ، وأما خيار العيب فلأن السلامة مشروطة في العقد دلالة ، والثابت بدلالة النص كالثابت بصريح النص فكان ثابتاً حقاً للعبد ، وماثبت حقاً للعبد يحتمل السقوط باسقاطه مقصوداً ، لأن الانسان يملك التصرف في حق نفسه مقصوداً استيفاء وإسقاط فأما مايثبت حقاً لله تعالى فالعبد لايملك التصرف فيه إسقاطاً مقصوداً لأنه لايملك التصرف في حق غير مقصود لكنه يحتمل الاسقاط بطريق الضرورة بأن يتصرف في حق نفسه مقصوداً ويتضمن ذلك سقوط حق الشرع فيسقط حق الشرع في ضمن التصرف في حق نفسه كما إذا أجاز المشتري البيع ورضي به بعد الرؤية نصاً أو دلالة بمباشرة تصرف يدل على الرضا والإجازة

لأنه وإن ثبت حقاً للشرع فكأن الشرع أثبته نظراً للعبد حتى إذا رآه وصلح له آجازه وإن لم يصلح له رده إذ الخيار هو التخيير بين الفسخ والإجازة فكان المشتري بالإجازة والرضا متصرفاً في حق نفسه مقصوداً ، ثم من ضرورة الإجازة لزوم العقد ، ومن ضرورة لزوم العقد سقوط الخيار ، فكان سقوط الخيار من طريق الضرورة لا بالإسقاط مقصوداً ويجوز أن يثبت الشيء بطريق الضرورة وإن كان لايثبت مقصوداً ، كالوكيل بالبيع إذا عزله الموكل ولم يعلم به فإنه لاينعزل ولو باع الموكل بنفسه ينعزل الوكيل كذا هنا [1] .

٩٣ - وفي تقديرنا أن هذا التحليل الذي أورده الكاساني فيه إغراق في الشكلية اللفظية لامبرر له. فالعبرة في تفسير عبارات العاقد كما نعلم بالمعاني لابالألفاظ والمباني . ومن يعلن عن اسقاط خيار ثابت له ، إنما يعني في الحقيقة اجازته له . ومن ثم فالاسقاط يتعين في تقديرنا أن يعامل معاملة الاجازة ، فيؤدي فعلاً إلى سقوط الخيار إذا ماتم بعد الرؤية ، ويكون عديم الأثر إذا ماتم بعدها . ومن ثم فإننا نرى أن نص المادة ٢٢٩ على أن خيار الرؤية " لايسقط بالاسقاط " يقصد به الاسقاط قبل الرؤية . أما بعد الرؤية فالاسقاط يحمل على الاجازة ، فيسقط الخيار فعلاً ، باعتبار أن الاجازة بعد الرؤية تحدث هذا الأثر .

الفرع الثاني
السقوط

هناك عدة أسباب تؤدي إلى سقوط خيار الرؤية سواء وجدت قبل الرؤية أو وجدت بعدها . وتفصيلها كما يلي :

---

(١) بدائع الصنائع المرجع السابق ص ٢٩٧ .

أولاً: الأسباب التي تسقط خيار الرؤية إذا وجدت قبل الرؤية أو بعدها:

(١) تصرف المتملك في المحل تصرفاً لايحتمل الفسخ:

٩٥ - والمقصود بذلك كما أوردته المذكرة الايضاحية لقانون المعاملات المدنية [١]، وكذلك المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني [٢] ، التصرف الذي لايمكن رفعه كالاعتاق والتدبير [٣] .

ولا أعلم كيف ستطبق هذه الأحكام في وقتنا الحاضر ؟ حيث وَضَع القانون حكماً لمسألة لاوجود لها في هذا الزمان .

(٢) تصرف المتملك في محل العقد تصرفاً يوجب حقاً للغير:

٩٦ - والمقصود هنا التصرف القانوني الذي هو عبارة عن اتجاه إرادة الشخص إلى ترتيب أثر قانوني معين يتم نتيجة مباشرة لهذا الاتجاه [٤] .

ومثاله عقد البيع و الايجار والرهن والوصية أو الوقف ، فلو تصرف المتملك الذي له خيار الرؤية في محل العقد تصرف الملاك كبيعه الشيء بيعاً صحيحاً باتاً

---

(١) المذكرة الايضاحية ص ٢٢٩ .

(٢) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ص ٢١٢ .

(٣) نقلاً عن شرح فتح القدير المرجع السابق حيث جاء فيه " أوتصرف يبطل خيار الرؤية ... كالإعتاق للعبد الذي اشتراه ولم يره وتدبيره " ج٦ ص ٣٤٠ . والهداية شرح بداية المبتدىء للمرغيناني ج٢ ص ٣٤١ ومعنى دبر الرجل عبده تدبيرا : إذا أعتقه بعد موته والتدبير في الأمر : النظر إلى ماتؤول إليه عاقبة الأمر ، والتدبير أيضاً عتق العبد عن دُبر وهو مابعد الموت .مختار الصحاح والمصباح مادة (دبر) - والموسوعة الفقهية الكويتية الجزء الحادي عشر ص ١٢٤ ولايخرج المعنى الشرعي عن هذا المعنى الأخير . المغني المرجع السابق ج٩ ص ٣٨٦ .

(٤) د. عبدالمنعم البدراوي مبادىء القانون رقم ٢٦٤ ص ٣٧٦ . د. عبدالحي حجازي النظرية العامة للالتزام ج٢ مصادر الالتزام ١٩٥٤ رقم ٣ ص ١٥ .

أو رهنه أو آجره أو وقفه ونحو ذلك سقط حقه في خيار الرؤية ولزم العقد سواء حصل قبل الرؤية أم بعدها [1] .

ولو تصرف من له الخيار في المعقود عليه ثم عاد إليه مرة آخرى باسترداد وغيره فلا يعود خيار الرؤية له مرة ثانية لأن خياره قد سقط والساقط لايعود وفقاً لنص المادة ٥٥ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي والتي تنص على أن " الساقط لايعود كما أن المعدوم لايعود " ولقد بيَّن الكاساني هذا الأمر من خلال حديثه عن تصرف المتملك في المبيع بما يوجب حقاً للغير حيث قال " وأما البيع والإجارة والرهن فلأنها تصرفات لازمة أوجب بها ملكاً لازماً أو حقاً لازماً للغير على وجه لايملك الإسترداد فتعذر الفسخ ، وتعذر فسخ العقد يوجب لزومه لأن الفسخ إذا تعذر لم يكن في بقاء العقد فائدة فيسقط ضرورة ولو باع أو رهن أو آجر ثم رد عليه بعيب بقضاء القاضي أو افتك الرهن أو انقضت مدة الإجارة لايعود الخيار كذا روى عن أبي يوسف ، لأن خيار الرؤية بعدما سقط لايعود إلا بسبب جديد " [2] .

(٣) تعيب المحل في يد متملكه :

٩٧ - تعيب المحل في يد متملكه يسقط الخيار ، إذ لايجوز أن يرد إلى صاحبه معيباً وقد تسلمه خالياً فيلزم ذلك العقد [3] . ويذهب الفقه الحنفي إلى أن

---

(١) الشيخ علي الخفيف مختصر الأحكام الشرعية ص ١٣٠ . والعلامة علي حيدر درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج١ ص ٢٨٠ تعليقه على المادة ٣٣٥ من المجلة والتي تنص على أن " تصرف المشتري في المبيع تصرف الملاك يسقط خيار رؤيته ، فيقول علي حيدر تعليقاً عليها " إذا تصرف المشتري المخير بالمبيع خيار رؤية على قبل الرؤية أم بعدها وهذا يسقط الخيار لأن المشتري إذا جاز له فسخ البيع بخيار الرؤية على هذا الوجه يكون متعدياً على حق الغير مع أنه ليس له ذلك " .

(٢) بدائع الصنائع للكاساني المرجع السابق ص ٢٩٧ .

(٣) فتح القدير ج٦ ص ٣٤٢ .

العقد يلزم سواء أكان العيب بفعل المشتري أو بآفة سماوية أو بفعل أجنبي عن العقد [1] .

بل ذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنه لايرد المبيع ولو كان العيب بفعل البائع وخطئه وذهب أبو يوسف إلى أن للمشتري الرد في هذه الحالة [2] .

ونحن نؤيد ماذهب إليه أبو يوسف ونرى الأخذ به في قانون المعاملات المدنية بل نرى أن للمشتري الرد حتى ولو كان البائع اشترط عدم ضمان العيب في المبيع . لأن المشتري لايرد للعيب وإنما يرد بناء على حقه في خيار الرؤية والعيب ثبت حدوثه بفعل البائع الذي في الأصل يضمن هذا العيب .

(٤) استهلاكه من قبل المشتري بأي طريق من طرق الاستهلاك :

٩٨ - نصت الفقرة الثانية من المدة ٢٢٩ من قانون المعاملات المدنية على أنه " يسقط(خيار الرؤية) ... بهلاك المعقود عليه كلية أو بعضه ... " ومثاله استهلاك المبيع كأن يكون حيواناً فيستهلكه بذبحه أو شيء آخر يستهلكه عن طريق تحويل مادته [3] .

(٥) هلاك بعض المعقود عليه :

٩٩ - ذهب أبوحنيفة ومحمد إلى أن تعذر رد البعض الهالك في يد لمشتري

(١) بدائع الصنائع للكاساني المرجع السابق ص ٢٩٦ ، وقد جاء في قواعد ابن رجب الحنبلي بأنه لو تعيب المبيع في مدة الخير فعلى المذهب لايدر بذلك إلا أن يكون غير مضمون على المشتري لانتفاء القبض ، وعلى الثانية (أي الرواية التي تقول لاينتقل ملك المبيع حتى ينقضي الخيار) . له الرد بكل حال . قواعد ابن رجب الحنبلي ص ٣٧٧ .

(٢) بدائع الصنائع ص ٢٩٦ .

(٣) علي حيدر شرح المجلة ج١ ص ٢٨١ .

قبل الرؤية يمنع من رد الباقي ، لأن المتملك تعذر عليه رد الهالك فليس له أن يفرق الصفقة في الرد قبل التمام .

وذهب أبو يوسف في رواية عنه إلى أن للمتملك رد مابقي لأنه لوصرح بالزام العقد قبل الرؤية لم يسقط خياره ، فبهلاك البعض أولى أن لايسقط خياره فيما بقي ولكونه قبل الهلاك باختياره رد البعض هو فاسد للاضرار بالبائع فيرد عليه قصده ، وذلك لايوجد بعد الهلاك فيتمكن من رد مابقي [1] .

(٦) موت المتملك كالمشتري او المستاجر.

١٠٠ - وفقاً للمذهب الحنفي إذا توفى المتملك يسقط خياره ويلزم عقده ولاينتقل إلى ورثته مادام لم يختر قبل الوفاة [2] .

أما رأي جمهور الفقهاء من المالكية والحنابلة والشافعية فإن موت المتملك لايسقط الخيار وإنما ينتقل إلى ورثته وسنوضح ذلك في الفرع التالي بالتفصيل و الرأي الذي نرجحه وفقاً لقاون المعاملات المدنية الاماراتي .

(٧) الزيادة في محل العقد:

١٠١ - لم يرد في نص المادة ٢/٢٢٩ معاملات التي تتحدث عن حالات سقوط خيار الرؤية مايجعل من الزيادة في المعقود عليه سبباً لسقوط خيار الرؤية ، إلا أن ذلك قد ورد في الفقه الذي استقى منه قانون المعاملات المدنية أحكام خيار

---

(١) المبسوط للسرخسي ج١٣ ص ٧٢ . وذكر ابن رجب الحنبلي أنه " إذا تلف المبيع في مدة الخيار بأن كان بعد القبض أو لم يكن فهو من مال المشتري على المذهب وعلى القول بانتقال الملك " وعلى الثانية التي لاتوجب انتقال الملك يكون التلف على البائع قواعد ابن رجب ص ٣٧٧ .

(٢) المبسوط ج١٣ ص ٧٢ . بدائع الصنائع ج٥ ص ٢٩٦ .

الرؤية ، إذ جاء في بدائع الصنائع أنه " يسقط خيار الرؤية ... إذا زاد في يد المشتري زيادة منفصلة أو متصلة متولدة أو غير متولدة على التفصيل والاتفاق والاختلاف الذي ذكرنا في خيار الشرط والعيب "[١] .

ولو رجعنا لأحكام الزيادة في خيار العيب وطبقناه على خيار الرؤية كما ذكر الكاساني في تفصيله للزيادة مع خيار العيب الزيادة التي تمنع رد المبيع في العقد الصحيح بخيار الرؤية تكون في حالتين هي :

١) - حالة الزيادة المتصلة غير المتولدة من المبيع سواء حدثت قبل القبض أو بعده .

٢) - حالة الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع إذا حدثت بعد القبض .

وبيان ذلك أن الزيادة لاتخلو أن تحدث قبل التسلم (قبل القبض) أو أن تحدث بعد التسليم (بعد القبض) .

أ - الزيادة الحادثة قبل التسليم (قبل القبض) وهي إما أن تكون متصلة أو منفصلة.

١٠٢ - الزيادة المتصلة : وهي إما أن تكون متولدة من الأصل (أي أصل المعقودعليه) أو غير متولدة من الأصل .

فإن كانت متولدة من الأصل كالحسن والجمال والكبروالسمن والسمع ونحو ذلك [٢] ، فإنها لاتمنع الرد بخيار الرؤية ، لأن هذه الزيادة ليست تابعة للأصل

---

(١) الكاساني بدائع الصنائع المرجع السابق ص ٢٩٦ ، رد المحتار ج٤ ص ٥٩٥ وقد قال علي حيدر في شرحه للمجلة حصول الزيادة في المبيع وهو في يد المشتري أو وكيله يسقط خيار الرؤية سواء أكانت تلك الزيادة متصلة أم منفصلة مثال ذلك : أن يكون المبيع حيواناً ينتج بعد القبض أو كرماً فيثمر عنباً فيسقط خياره سواء أستهلك المشتري تلك الزيادة أم لا . إلا أنه إذ تلفت تلك الزيادة من نفسها يعود حق خياره ج١ ص ٢٨١.

(٢) البدائع المرجع السابق ص ٢٨٤ .

حقيقة لقيامها بالأصل فكانت مبيعة تبعاً [1] . والأصل أن ما كان تابعاً في العقد يكون تابعاً في الفسخ [2] .

وإن كانت متصلة غير متولدة من الأصل كالصبغ في الثوب والبناء في الأرض فإنها تمنع الرد بخيار الرؤية ، لأن هذه الزيادة ليست تابعة بل هي أصل بنفسها ألاترى بأنه لايثبت حكم البيع فيه أصلاً ورأساً ، فلو رد المبيع لكان لايخلو إما أن يرده وحده بدون الزيادة ، وإما أن يرده مع الزيادة . فلا سبيل إلى الأول لأنه متعذر لتعذر الفصل ولاسبيل إلى الثاني لأن الزيادة ليست بتابعة في العقد فلا تكون تابعة في الفسخ ، ولأن المشتري صار قابضاً للمبيع بإحداث هذه الزيادة ، فصار كأنها حدثت بعد القبض . وحدوثها بعد القبض يمنع الرد بخيار الرؤية .

الزيادة المنفصلة وهي إما أن تكون متولدة من الأصل أو غير متولدة منه .

١٠٣ - فإن كانت منفصلة متولدة من الأصل - كالولد والثمرة واللبن فإنها لاتمنع الرد ، فإن شاء المشتري ردهما جميعاً . وإن شاء رضي بها بجميع الثمن. بخلاف مابعد القبض عند الحنفية فإنها تمنع الرد بخيار الرؤية [3] .

وإن كانت غير متولدة من الأصل كالكسب والصدقة والغلة فإنها لاتمنع الرد بالعيب لأن هذه الزيادة ليست بمبيعة ، لانعدام ثبوت حكم البيع فيها . وإنما هي مملوكة بسبب على حدة أو بملك الأصل . فبالرد ينفسخ العقد في الأصل وتبقى الزيادة مملوكة بوجود سبب الملك منه مقصوداً أو بملك الأصل لابالبيع فكانت

---

(١) د. محمد زكي عبدالبر ، أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي العقود ص ٣٤٣ .

(٢) بدائع الصنائع ص ٢٨٥ .

(٣) بدائع الصنائع ص ٢٨٥ .

ربحاً لا ربا لاختصاص الربا بالبيع لأنه فضل مال قصد استحقاقه بالبيع في عرف الشرع ولم يوجد ثم إذا رد الأصل فالزيادة تكون للمشتري بغير ثمن عندأبي حنيفة لكنها لاتطيب له لأنها حدثت على ملكه إلا أنها ربح مالم يضمن فلا تطيب وعند أبي يوسف ومحمد الزيادة تكون للبائع لكنها لاتطيب له [1] . وإذا قبض المشتري المبيع مع الزيادة ثم هلكت الزيادة أو تلفت له أن يرد المبيع بخيار الرؤية خاصة ، بجميع الثمن فلا خلاف وإن كانت قائمة ترد معه الزيادة [2] .

ب - الزيادة الحادثة بعد القبض: وهي إما أن تكون متصلة أو منفصلة : -

١٠٤- الزيادة المتصلة، إما أن تكون متولدة من الأصل أوغير متولدة :

فإن كانت متصلة متولدة من الأصل فإنها لاتمنع الرد إن رضي المشتري بردها مع الأصل بلا خلاف لأنها تابعة حقيقة وقت الفسخ ، فبالرد ينفسخ العقد في الأصل مقصوداً وينفسخ في الزيادة تبعاً [3] .

وإن كانت متصلة غير متولدة من الأصل فإنها تمنع الرد بالإجماع وذلك لأنه لو رد الأصل فإما أن يرده وحده ، وإما أن يرده مع الزيادة ، والرد وحده لايمكن ، والزيادة ليست بتابعة في العقد . فلا يمكن أن يجعلها تابعة في الفسخ ، إلا إذا تراضيا على الرد ، لأنه صار بمنزلة بيع جديد [4] .

١٠٥-الزيادة المنفصلة، وهي أما أن تكون متولدة من الأصل أوغير متولدة منه .

---

(١) بدائع الصنائع ص ٢٨٥ .

(٢) بدائع الصنائع ص ٢٨٥ وعلي حيدر شرح المجلة ج١ ص ٢٨١ .

(٣) بدائع الصنائع المرجع السابق .

(٤) بدائع الصنائع ص ٢٨٦ .

فأما إن كانت متولدة من الأصل فإنها تمنع الرد بخيار الرؤية عند الحنفية وعند الشافعية لاتمنع ويرد الأصل بدون الزيادة [1] .

وهذا مبني على أن الزيادة عند الحنفية مبيعة لثبوت حكم الأصل فيه تبعاً وبالرد بدون الزيادة ينفسخ العقد في الأصل مقصوداً وتبقى الزيادة في يد المشتري مبيعاً مقصوداً بالثمن ، ليستحق بالبيع وهذا تفسير الربا في عرف الشرع بخلاف الزيادة قبل القبض لأنها لاترد بدون الأصل أيضاً احترازاً عن الربا بل ترد مع الأصل وردها مع الأصل لايتضمن الربا ثم إنما لايرد الأصل مع الزيادة ههنا ، ورد هناك ، إما امتناع رد الأصل بدون الزيادة فلما قالوا : أنه يؤدي إلى الربا . وأما رده مع الزيادة فلأنه يؤدي إلى أن يكون الولد التابع بعد الرد ربح مالم يضمن لأنه ينفسخ العقد في الزيادة ، ويعود إلى البائع ، ولم يصل المشتري بمقابلته شيء من الثمن في الفسخ ، لأنه لاحصة له من الثمن فكان الولد للبائع ربح مالم يضمن لأنه حصل في ضمان المشتري فأما الولد قبل القبض فقدفي ضمان البائع فلو انفسخ العقد فيه لايكون ربح مالم يضمن بل ربح ما ضمن .

وإن كانت الزيادة منفصلة غير متولدة من الأصل . فهي لاتمنع الرد بخيار الرؤية ويرد الأصل على البائع والزيادة للمشتري طيبة له لما مر أن هذه الزيادة ليست بمبيعة أصلاً لانعدام ثبوت حكم البيع فيها ، بل ملكت بسبب على حدة فأمكن إثبات حكم الفسخ فيه بدون الزيادة فيرد الأصل وينفسخ العقد فيه وتبقى الزيادة مملوكة للمشتري بوجود سبب الملك فيها شرعاً ، فتطيب له .

١٠٦ - هذا إذا كانت الزيادة قائمة في يد المشتري ، فإذا كانت قد هلكت أو تلفت بهلاكها أو بتلفها فلا يخلو ، أما أن يكون بآفة سماوية أو بفعل المشتري

---

(١) بدائع الصنائع المرجع السابق ص ٢٨٦ .

أو بفعل الأجنبي .

فإن كان بآفة سماوية : فله أن يرد الأصل بخيار الرؤية وتجعل الزيادة كأنها لم تكن .

وإن كان بفعل المشتري : فالبائع بالخيار ، إن شاء قبل ورد جميع الثمن، وإن شاء لم يقبل ، لأن اتلاف الزيادة بمنزلة اتلاف جزء متصل بالأصل ، ولكونها متولدة من الأصل ، وإذا فوض الخيار للبائع .

وإن كان بفعل أجنبي : فليس له أن يرد لأنه يجب ضمان الزيادة على الأجنبي . فيقوم الضمان مقام العين ، فكان عينه قائمة ، فيمتنع الرد [١] .

الفرع الثالث
هل يسقط الخيار بموت صاحبه ؟
(انتقال خيار الرؤية)

١٠٧ - أوضحت الفقرة الثانية من المادة ٢٢٩ من قانون المعاملات المدنية أن خيار الرؤية يسقط بموت صاحبه (أي المتملك) بقولها (٢ - ويسقط (أي الخيار) برؤية المعقود عليه وقبوله صراحة أو دلالة كما يسقط بموت صاحبه . . .) وهذا مايتطابق مع المادة رقم ٢/١٨٧ مدني أردني ، والواضح أن المشرع قد انتهج

---

(١) البدائع ص ٢٨٦ ، وقد ذكر ابن رجب في قواعده عن الفقه الحنبلي بأنه " لو كسب المبيع في مدة الخيار كسباً أو نما نماء منفصلاً فهو للمشتري فسخ العقد أو امضي وهو المذهب " ص ٣٧٧ من القواعد .

منهج الفقه الحنفي في الخيارات دون الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة [1] .

فالفقه الحنفي يُجَوِّزُ انتقال الأموال دون الحقوق وفقاً لتقسيمهم [2] .

والخيارات كخيار الشرط وخيار الرؤية وخيار التعيين وماأشبهها تعد في الفقه الحنفي حقوقاً شخصية لاتورث كحق الشفعة لافارق بينها وذلك لأنها تتبع إرادة صاحب الحق ومشيئته ولابقاء لها بعد موته ، فلا تورث حكمها حكم حق الرجوع في الهبة لاينتقل بموت الواهب إلى وارثه ، وأما مايثبت منها للوارث فإنما يثبت له

---

(١) انظر كذلك المادة ٢٢٥ معاملات مدنية حيث نص على سقوط خيار الشرط بقوله يسقط الخيار بموت صاحبه خلال مدته . ويلزم العقد بالنسبة لورثته ويبقى الآخر على خياره إن كان الخيار له (حتى نهاية مدته) وكذلك المادة ٢٣٦ في خيار التعيين نصت على أنه " إذا مات من له خيار التعيين في مدة الاختيار انتقل حقه إلى ورثته " .

(٢) ويرى أبومحمد علي حزم ان الخيارات لاتقبل الانتقال إلى الورثة بطريق الميراث ولاتثبت كذلك للورثة بعد وفاة مورثهم مطلقاً ولو بطريق الابتداء ، لأنها عنده آثار عقد أوجبها لأحد طرفيه فلا تتجاوز طرفيه إلى غيرهما لأن العقد إذا تم بين شخصين اقتصرت آثاره عليهما . ولم يكن لغيرهما فسخ المحلى ج٨ ص ٣٧١ - ٣٧٢ .

وقد جاء في المبسوط للسرخسي أن " خيار العيب يجوز الصلح عنه على مال بخلاف خيار الرؤية لأن الحق هناك في الجزء الفائت والإصطلاح يكون على رد حصته الجزء الفائت من الثمن ولهذا لو تعذر الرد رجع بحصة العيب من الثمن وهنا الخيار للجهل بأوصاف المعقود عليه وذلك ليس بمال فلا يجوز الصلح عنه على مال كخيار الشرط ، ولهذا قلنا أن خيار العيب يورث . لأن الوارث على مال كخيار الشرط ج١٣ ص ٧١ ص ٧٢ . وذات المعنى في بدائع الصنائع للكاساني ج٥ ص ٢٩٦ وقد جاء في شرح فتح القدير لابن الهمام الآتي " قوله ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لأنه لايجري فيه الإرث على ماذكرناه من الوجه في خيار الشرط وتقدم أن خيار الشرط والرؤية لايورثان وخيار العيب والتعيين يورثان بالاتفاق " ج٦ ص ٣٥١ وبالرجوع إلى خيار الشرط فإن ابن الهمام قد أورد في نسيب ذلك الآتي : " ولنا أن الخيار ليس إلا مشيئة وإرادة فلا يتصور انتقاله لأنه وصف شخص لايمكن فيه ذلك والإرث فيما يمكن فيه الانتقال وهو الأعيان ، ولفظ مشيئة منصوب على أنه خبر ليس وما في الشروح من أنه بدل من الخبر وتقديره أن الخيار ليس شيئاً إلا مشيئة مبنى على قول ضعيف في العربية من أن يقدر المعمول غير مافرغ العامل له ويجعل مايعد إلا بدله " ج٦ص ٣١٨ .

ابتداء لابطريق الوراثة ذلك لأن سبب ثبوتها وتحققها يتصل بالوارث بعد الوفاة إتصاله بمورثه قبل الوفاة . فخيار العيب يثبت له نتيجة لضياع بعض ماله ، لأن المبيع المعيب أقل ثمناً وقيمة من المبيع السليم ، فضاع عليه بعض مادفع من ثمن بسبب العيب فكان له الحق في الفسخ مخافظة على أمواله [1] .

وذهب مالك والشافعي وأحمد إلى أن كلاً من خيار التعيين وخيار العيب ومافي معناه كخيار فوات الوصف ينتقل بالميراث إلى الوارث لأنها حقوق مالية لتعلقها بالأموال وقد قال صلى الله عليه وسلم (من مات عن حق فلورثته) وأما مايقوله الحنفية من أنها تثبتللوارث ابتداء بسبب انتقال المال الذي تعلقت به بطريق الميراث ، فليس له في الواقع معنى إلا أنها تثبت للوارث بطريق الإرث ، إلا أنه إذا كان انتقال المحل هو المال المتعلقة به تلك الحقوق أو المسببة عنه إلى المورث ، إنما كان بطريق الإرث فكذلك ما استتبعه لأن هذا المال يعتبر كالمحل لها فإذا انتقل بالإرث انتقل بما تحمل واستتبع . فكان انتقال هذه الحقوق بطريق الإرث ، كذلك تبعاً لانتقال المال . ولا يضير أن يكون انتقالها قد تم بطريق التبعية [2] .

وكذلك الحكم في خيار الشرط عند الشافعي ومالك لأنه حق مالي يثبت نتيجة

---

(١) انظر الأستاذ الشيخ علي الخفيف بحث له في تأثير الموت في حقوق الانسان والتزاماته مجلة القانون والاقتصاد بكلية الحقوق القاهرة السنة العاشرة العددان الخامس والسادس ص ٥٧ .

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الجزء الثاني ص ٢٧٠ . الفروق للقرطبي المرجع السابق الفرق ١٩٧ . المجموع شرح المهذب للنووي ج٩ المرجع السابق ص ١٩٣ ومابعدها . المغني على الشرح الكبير لابن قدامة وقد قال : " أن الخيار لايبطل وينتقل إلى ورثته لأنه حق مالي ينتقل إلى الوارث كالأجل وخيار الرد بالعيب ولأنه حق فسخ للبيع فينتقل إلى الوارث كالرد بالعيب والفسخ بالتخلف وهذا قول مالك والشافعي ج٤ ص٧٠ . منهاج الطالبين لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي باب الخيار ص٤٧ وكذلك في مذهب الأباضية كتاب الايضاح للشيخ عامر بن على الشماخي ج٥ ص١١٨ .

لعقد معاوضة مالية فيقوم الوارث فيه مقام مورثه خلافاً لأحمد رضي الله عنه فقد ذهب إلى أنه لايورث إلا إذا اختار من له الخيار قبل موته حتى يتعلق الحق بالمال على وجه مقطوع مستقر ، أما إذا لم يختر قبل الوفاة فلا يورث ويسقط بالموت ويلزم العقد ، مثله في ذلك مثل خيار لمجلس لايورث لأنه لايعدو أن يكون إرادة ومشيئة رخص فيها لأحد العاقدين فإذا توفي انتهى ذلك الترخيص [1].

١٠٨ - ولانجد حرجاً في ذكر ماقد لخصه الأستاذ علي الخفيف للفرق السابق والتسعون والمائة من قاعدة ماينتقل إلى الأقارب من الأحكام غير الأموال وبين قاعدة مالاينتقل من الأحكام حيث يقول : " ولشهاب الدين القرافي كلمة بينة يستنير بها هذاالموضوع ذكرها في فروقه آثرنا أن نلخصها لما لها من فائدة قال ماخلاصته : لما كان خيار الرد بالعيب وخيار تعدد الصفقة وحق القصاص وحق حبس الرهن ، وحق حبس المبيع بالثمن ، وخيار من له حق الغنيمة يقتسمها المسلمون المقاتلون فيموت قبل أن يختار حظه فيها بعد القسمة ، لما كان جميع ذلك من الحقوق المتعلقة بالأموال قطعاً انتقلت إلى الوارث بموت من تكتب له عند الأئمة وجمهور العلماء ولما كان خيار الشرط وحق الشفعة ، وحق قبول الوصية إذا توفى الموصى له قبل القبول والرد بعد موت الموصى ، وحق الإقالة وحق قبول البيع بعد وفاة من أوجب له البائع ونحو ذلك ، لما كان هذا متردداً بين كونه صفة وأثراً للعقد - ومقتضى ذلك أن يورث - وبين أن يكون صفة خاصة بالعاقد - ومقتضى ذلك ألا يورث - اختلف رأي الأئمة في ذلك ، فذهب مالك إلى انتقاله إلى الوارث بطريق الإرث، لأنه أثر من آثار العقد فينتقل معه تبعاً له، فيكون للوارث بعد موت مورثه من الخيار مثل ماكان لمورثه ، كما هو الشأن في خيار العيب وخيار التعيين وأمثالهما مما تقدم، وإلى هذا ذهب الشافعي ماعدا حق الإقالة وحق قبول البيع بعد

---

(١) الشيخ علي الخفيف بحثه السابق ص ٥٩ .

وفـاة من أوجبـه له البـائع فـلا ينتـقل هذان الحـقـان عنده إلى الوارث بل يسـقـطان بالموت، وذهب أبوحنيفة وأحمد بن حنبل في رواية عنه إلى عدم قبوله الانتقال إلى الوارث مـيراثاً عند الموت، ماعدا حق الإقالة فإنه يثبت للوارث عند أبي حنيفـة وإن كـان ثبوته بطريق الإبتداء، وماعدا حق قبول الوصيـة عند أحمد فـإنه ينتـقل إلى الوارث. ويقول " استدل أبوحنيفة ومن رأى رأيه على مذهبهم بثلاثة أدلة :

الأول : أنها صفات للعاقد لأنها متعلق إرادته ومشيئته فتبطل بموته كما تبطل صفاته ، شأنها في ذلك شأن حق الأب في أن يرجع في هبته لولده ، فإنـــه يبطل بالموت عند مالك والشافعي لذلك .

الثاني : أنهـا كـالآجـال في الديون تبطل بـوفـاة المدين ولاينتـقل الحق فـيـهـا الورثة .

الثالث : أن العقد قد تم على أن يكون رهناً بإرادة واحد معين فلا يتعدى ذلك الحكم إلى غيره من ورثته .

وقد دفع الدليل الأول بأن هذه الخيارات وإن تبعت إرادة العاقد وصارت بذلك صفة له . إلا أنها صفـة متعلقة مع ذلك بالأمـوال فـتنتـقل إلى الوارث بانتـقـال ماتعلقت به تبعاً له بخلاف حق الأب في الرجوع فيما وهب لولده فإنه إنما ثبت له لمعنى خـاص فـيـه هو أبوته ، ولذا لم يثبت لكل واهب ، وهذا المعنى منتف في الوارث . ودفع الدليل الثاني بأن الأجل معناه تأخير المطالبة بالدين الشغل للذمة ولايتأتى ذلك بالنسبة لوارث المدين لأنه غير مدين فهو غير مطالب بالدين باعتباره شاغلاً لذمته ، فكان صفة خاصة بالدين ينتقل معه ولذايورث الدين المؤجل مؤجلاً كما تقدم فلا يكون لوارث الدائن حق في المطالبة به قبل الأجل أما وارث المدين فغير ملتزم شخصياً بالدين فلا يرثه ولايرث أجله . ودفع الدليل الثالث بأنه منقوض بخيار التعيين إذ قد أعطى لغير من شرط له وهو الوارث وأما خيار الرؤية

فليس له وجود عند الأئمة الثلاثة لأن العقد يلزم بافتراق المتعاقدين عندهم أي بانتهاء خيار المجلس مالم يشترط خيار أو يطلع على عيب ٠

والذي يتجه عندي من هذه الآراء ثبوت هذه الخيارات كلها للوارث وراثة عن المورث ، لأن معنى المالية فيها غالب ، إذ أنها حقوق تثبت بناء على عقود معاوضات التزم الطرفان بها وبآثارها ٠ وقد روعيت تلك الآثار في تحقيق الرضا وانبني عليها الالتزام ، فوجب أن نأخذ حكم الأموال في انتقالها إلى الورثة بالوفاة، وإلا كان في سقوطها بالموت ضرر بأحد الطرفين ونفع للآخر من غير مقابل بل لمجرد المصادفة والحظ ، وذلك مالا يرضا عنه المشرع الحكيم " [١] .

١٠٩ - ونحن نؤيد رأي الجمهور فيما ذهبوا إليه وفقاً للأدلة التي ساقوها لنا ولانرى معني لعدم وراثة خيار الرؤية وغيره من الخيارات عند الأحناف في حين أجمع الفقهاء - ومنهم الأحناف - على وراثة خيار التعيين وخيار العيب وقد صار للورثة ملك ما اشترى مورثهم بناء على خيار الرؤية ، وملتزمين بدفع ثمنه من التركة [٢] .

---

(١) الشيخ علي الخفيف ، بحث في تأثير الموت في حقوق الانسان والتزاماته وتعليقه على الفرق السابع والتسعون والمائة من قاعدة ماينتقل إلى الأقارب من الأحكام وغير الأموال وبين قاعدة مالا ينتقل من الأحكام وقد لخص ماجاء في الفروق وتهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية ج٣ الصفحات ٢٧٥ إلى ٢٧٩ وكذلك ٢٨٤ و ٢٨٥ ٠ مجلة القانون والاقتصاد العددان ٥ و ٦ السنة العاشرة سنة ١٩٤٠ ص ٦٠ ، ٦١ ٠

(٢) انظر من المؤيدين لذلك د٠ حسن الذنون النظر العامة للفسخ المرجع السابق ص ١٢٩ ٠ الشيخ علي الخفيف المرجع السابق ٠ د٠ محمد يوسف موسى الأموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي فقرة ٦٨٢ والهامش رقم ٢ ص ٤٧٧ ٠ د٠ عبدالرزاق حسن فرج الإجازة ف يالتصرفات القانونية دراسة مقارنة بحث مطبوع ١٩٨٣ مطبعة الفجر الجديد رقم ٤٧ ص ٥٦ ٠

ونرى أن قانون المعاملات المدنية قد وقع في خطأ وتناقض عندما اتبع مسلك الفقه الحنفي إذ أيد في موضع آخر رأي المالكية والشافعية في الحقوق والمنافع وذكر أن هذا مبدأ عام انتهجه فيقول في المذكرة الايضاحية في صدد توضيحه للمواد ٩٦ و ٩٧ و ٩٨ التي تتحدث عن أنواع الأموال بالآتي : " .. ولذلك اتجه المشروع إلى الأخذ برأي الشافعية والمالكية والحنابلة من أن المنافع أموال ليعم الإصلاح جميع الناس ولم يأت في كتاب الله ولا سنة رسوله بأن المنفعة ليست مالاً. وقد اتسع بهذا الاعتبار التعريف فشمل الحق أن أريد به منفعة هي مال . وبعبارة أخرى أن تعلق بمال كحق المستأجر في العين التي استأجرها وحق المرور وحق المسيل. أما إذا تعلق الحق بغير مال ، كحق الحضانة وحق الزوج في الاستمتاع بزوجته فليس بما ل وهو ماذهب إليه غير الحنفية . فالمشروع - توسعة على الناس - لم يذهب مذهب الحنفية في اعتبار الحقوق ليست مالاً لعدم إمكان حيازتها سواء معلق بمال أم لم يتعلق بمال "[1] .

ثم نراه بعد ذلك يسقط الحق في خيار الرؤية وخيار الشرط بموت من له الحق في الخيار . وهذا يجعلنا نتساءل : أي الاتجاهين علينا اتباعه عند التعرض للخيارات الأخرى ؟ عند عدم النص ، كما هو الحال في خيار القبول وغيره . يبدو لنا أن الأولى بالاتباع هو اتجاه المالكية ، تطبيقاً لنص المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية على أننا إذا لم نجد نصاً علينا الحكم بمقتضى الشريعة الإسلامية مراعين أنسب الحلول من فقه مالك وأحمد .

ونرى أن مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد خير فعل عندما نص في المادة ٢٢٨ منه على أنه " ينتقل خيار الرؤية إلى الوارث "

---

(١) المذكرة الايضاحية لقانون المعاملات المدنية بدولة الإمارات ، صفحة ٧١ .

المطلب الثاني
الفسخ

١١٠ - نصت المادة ٢٣٠ من قانون المعاملات المدنية على أنه " يتم الفسخ بخيار الرؤية بكل فعل أو قول يدل عليه صراحة أو دلالة بشرط علم المتعاقد الآخر " وتطابقها المادة ٨٨ من القانون المدني الأردني ·

وقد نصت المادة ٢١٨ من قانون المعاملات المدنية على أنه " ١ - يكون العقد غير لازم بالنسبة لأحد عاقديه أو لكليهما رغم صحته ونفاذه إذا شرط له حق فسخه دون تراض أو تقاضٍ ·

٢ - ولكل منها أن يستقل بفسخه إذا كان بطبيعته غير لازم بالنسبة إليه أو شرط لنفسه خيار فسخه " ·

فالذي يترتب على خيار الرؤية هو عدم لزوم العقد في حق صاحبه ، وعدم اللزوم يثبت له حق فسخ العقد ، فرغم أن العقد لازماً بطبيعته إلا أن خيار الرؤية أدخل خللاً عليه ·

ولايمكن أن يقال أن الفسخ المقرر هنا اتفاقي ، إذ لم يتفق طرفا العقد على فسخه ، ولم يتقرر تحكيم القضاء لأن هذا الفسخ يتم دون قضاء (م ١/٢١٨) من قانون المعاملات المدنية · ولايقال بأنه قد تم بحكم القانون بناء على استحالة تنفيذ الالتزام [1]· إذ الالتزام صحيح نافذ ، إلا أنه يمكن القول بأن الفسخ هنا قد نشأ

---

(١) تنص المادة ٢٧٣ من قانون المعاملات المدنية على أنه " في العقود الملزمة للجانبين إذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً انقضى معه الالتزام المقابل له وانفسخ العقد من تلقاء نفسه" ·

بناء على ترخيص من القانون للمتصرف اليه عند ختياره للفسخ بدل الاجازة . فالفسخ هنا متوقف على محض إرادة المتصرف له بفسخ العقد سواء قبل رؤية المعقود عليه لكون العقد غير لازم ، أم بعد الرؤية لتوقف العقد على مشيئة المتصرف اليه في إجازته أو فسخه [1] .

ولذا يقول الكاساني " ولايشترط له (أي الفسخ) التراضي ولا قضاء القاضي لأن الفسخ حصل بتسليط صاحبه عليه .. " أي إعطاء الحق للمتصرف اليه في أن يفسخ أولاً [2] .

ولقد ميز الفقه الحنفي بين أنواع الفسخ حيث ذكر الكاساني بأن الفسخ قد يكون اختيارياً أو ضرورياً ، والاختياري إما أنه يقع في صورة الصريح كأن يقول المتملك فسخت العقد أو نقضته أو رددته أو مايجري هذ المجرى ، أو عن طريق الدلالة كتصرف من له الخيار في محل العقد تصرف الملاك .. الخ ، وأما الفسخ الضروري فقد حدد له الكاساني صورة واحدة كأن يهلك المبيع قبل القبض ، فينفسخ العقد ضرورة ويؤدي معه خيار الرؤية لذهاب المحل [3] .

إلا أن الدكتور عبدالستار أبو غدة ذكر أن الفسخ الضروري ليس له إلا صورة واحدة وهي هلاك المبيع ، ونرى أنه يمكن أن يكون الفسخ الضروري هنا إذا ظهر

---

(١) فكان الأجدر من المشرع في قانون المعاملات لدولة الإمارت عندما أخذ بنظرية الخيارات من الفقه الاسلامي أن يضيف إلى نظرية الفسخ هذا النوع إلى جانب الفسخ الاتفاقي والقضائي أو بحكم القانون .

(٢) البدائع ج٥ ص ٢٧٢ .

(٣) البدائع ج٥ ص ٢٧٢ ، شرح فتح القدير للكمال ابن الهمام ج٦ ص ٣٤١ ومابعدها . د. عبدالستار أبوغدة المرجع السابق ص ٥٥٦ .

لمحل العقد مستحق وطالبه قضاء وقضى له به ولم يجز التصرف السابق .

ولقد وضع الفقه للفسخ هنا شرائط عدة وهي :

١ - قيام الخيار ويتطلب قيامه توافر الشروط التي سقناها سابقاً، فإذا كان العقد نشأ لازماً لعدم توافر شرائط الخيار، فلا يمكن فسخه بناء على حق الخيار[١].

٢ - علم العاقد الآخر بالفسخ ، فلقد أخذ القانون برأي الفقه الحنفي فاشترط علم التصرف بالفسخ [٢] ، فلا يقع الفسخ نافذاً مرتباً آثاره إلا باتصال علم المتصرف بالفسخ ، ويقول الكاساني " عند أبي حنيفة ومحمد لو فسخ بغير علمه (أي بغير علم المتصرف) كان فسخه موقوفاً ، عندهما ، إن علم صاحبه بفسخه في مدة الخيار نفذ وإن لم يعلم حتى مضت المدة لزم العقد " [٣] ، وماذلك إلا حرص هذا الفريق على أن يحاط المتملك بحقيقة التصرف الذي باشره صاحب الخيار ، ليتسنى له التعامل بناء على العمل القانوني الذي جد كأن يعيد عرض المعقود عليه للبيع أو الايجار [٤] .

إلا أن المسألة تدق هنا إذا فسخ المتصرف اليه العقد ، وقبل علم المتعاقد الآخر أجاز العقد فإن العقد يلزم لأن الاجازة لاتتطلب علم العاقد الآخر وأما الفسخ فلا بد من علمه به ، وهنا إذا كان الفسخ مرسلاً العلم به ، فلا بد للاجازة هنا حتى ينفذ أثرها إن تصل على الأقل مع وصول الفسخ الذي عاد عنه .

٣ - أن لايكون الفسخ سبباً لتفرق الصفقة (لتجزئة محل العقد) فلو

---

(١) بدائع الصنائع ج٥ ص ٢٧٣ . فتح القدير ج٦ ص ٣٤٣ . د. عبدالستار أبو غدة ص٥٥٥.

(٢) بدائع الصنائع ج٥ ص ٢٧٣ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) د. عبدالله العلفي رسالته السابق الاشارة اليها ص ٤٢٢ .

استعمـــل المشتري حق الفسخ برده جزء من المبيع دون الآخر لاينفسخ العقد ، وسبب ذلك أن تفريق الصفقة يضر بالبائع [1] . وذلك كالأمر في الاجازة بعد الرؤية فلوكان المبيع حصانين وأجاز المشتري البيع في أحدهما كقبضه له أو عرضه للبيع ، تعد اجازة للاثنين [2] .

١١١ - وأما آثار الفسخ فإن القانون وهو يأخذ برأي الفقه الاسلامي الذي يقول بانتقال الملك إلى المتملك فإذا اختار المتملك الفسخ كان عليه رد العين محل العقد بمجرد الفسخ ويسترد المتملك الثمن إذا دفعه أو دفع جزء منه وأما ثمار المبيع فعلى التفصيل الذي سقناه عند كلامنا عن حالات سقوط الحق في الفسخ في حالة الزيادة الحادثة بعد القبض .

أما بالنسبة لأثر فسخ العقد بمقتضى حق خيار الرؤية على غير العاقدين ، فإن ذلك لايؤثر على حقوقهم ، إذ أن أي حق ينشأ للأجنبي عن العقد يؤدي بذاته إلى امتناع الفسخ ولزوم العقد دفعاً للضرر عن الغير [3] .

---

(١) البدائع ج٥ ص ٢٧٣ . د. عبدالستار أبو غدة ص ٥٥٦ . د. عبدالله العلفي ص ٤٢٢ .

(٢) علي حيدر المرجع السابق ج١ ص ٢٧٥ .

(٣) د. حسن الذنون رسالته السابقة ص ٢٦٣ .

الخاتمة

----

١١٢ - لعل تعرضنا لموضوع بيع العين الغائبة في قانون المعاملات المدنية الاماراتي مع مقارنته بالفقه الاسلامي الذي استقى منه قانوننا أحكامه . تكشف عن مدى أهمية النظر وإمعانه في هذا الفقه الاسلامي العظيم والذي لاينفك يجد حلولاً مرنة تغطي ما قد يعرض من منازعات ، تختلف باختلاف الأزمنة والظروف .

و مشرعنا رغم أنه بيَّن في المادة الأولى اعتماده ترتيباً معيناً في استيفاء أحكام التقنين ، بالرجوع إلى أحكام الفقه المالكي والحنبلي بادىء الأمر ثم إذا لم نجد فبالرجوع إلى الفقه الشافعي ثم الحنفي ، وأعتبر هذا الأمر من النظام العام بحيث لايجوز مخالفته ، إلا أنه لم يلتزم هو ذاته هذا الخط في تقنينه للأحكام من مصدرها المادي التاريخي . فهو هنا اعتمد أحكام الفقه الحنفي والذي جاء الرابع في ترتيب المراجع التي يجب الرجوع إليها . وهذا مايتضح بجلاء في صدد أحكام الرؤية . ومن ثم فلا يمكن أن تفهم أحكام خيار الرؤية كما هي في التقنين إلا بالرجوع إلى أحكام الفقه الحنفي والتوغل في هذا الفقه .

وموقف المشرع الاماراتي في هذا الصدد لايخلو من التناقض إذ كيف يعمد المشرع إلى استقاء أحكام التقنين من المذهب الحنفي -بصفة أساسية- ثم يطالب القاضي باستكمالها عند النقص بالرجوع إلى المذهب المالكي والحنبلي .

من الواضح أن المشرع الاماراتي قد قدم المذهبين المالكي والحنبلي عند صياغته للمادة الأولى ، اتباعاً للوضع السائد في الدولة . ولاشك في سلامة هذا الموقف . لكنه كان يقتضي بالضرورة أن تستقى أحكام التقنين ذاتها من هذه المذاهب بدلاً من

أحكام المذهب الحنفي ·

وعلى أي حال فإن تناقض المشرع الاماراتي المشار إليه سوف ينعكس بالضرورة على نطاق تطبيق المادة الأولى منه · فسوف يجد القاضي نفسه بالضرورة مضطراً إلى استكمال بعض نواحي النقص الموجود بصدد الموضوعات التي قننها من المذهب الحنفي ، بالرجوع إلى المذهب الحنفي ذاته ، خلافاً لما يفهم من نص المادة الأولى على وجوب الرجوع إلى المذهب المالكي والحنبلي ·

١١٣ - وإذ ماتخطينا هذه المسألة الأصولية فالمستفاد بعد ذلك من البحث كثير ، نلخصه في النقاط التالية :

(١) قد تعرض المشرع لموضوع الخيارات المهمة ، ومنها خيار الرؤية في نظرية الالتزام - وخير فعل بذلك - · حتى تكون أحكام الخيارات قابلة للتطبيق على كافة العقود التي تندرج فيها دون أن نخص بها عقد من غيره وهي بالتالي تمثل حالة من حالات العقد وهو العقد غير اللازم وتعد من ثم نوعاً من أنواع الضعف في العقد التي تؤدي به إلى الفسخ أو اللزوم إذا تحقق سببه ·

(٢) أن المشرع الاماراتي قد استقى أحكام خيار الرؤية من المذهب الحنفي· وخيار الرؤية في هذا المذهب يختلف عن التعيين بالمعني المقصود في الفقه الغربي، فالتعيين شرط لصحة العقد أما الرؤية فشرط للزومه ومن ثم فخيار الرؤية يثبت للمتعاقد الذي لم ير المعقود عليه حتى ولو كان المعقود عليه معيناً تعييناً كافياً عند التعاقد ·

ثم إن خيار الرؤية في المذهب الحنفي - ومن ثم في قانون الاماراتي - يختلف عنه في المذهب المالكي · فهو في المذهب المالكي لايثبت إلا باشتراطه أما في المذهب الحنفي وقانون الامارات بقوة الشرع · كذلك في الفقه المالكي يغني الوصف

الكامل النافي للجهالة عن الرؤية . أما في الفقه الحنفي وقانون الامارات فخيار الرؤية يثبت حتى مع توافر الوصف .

(٣) أن خيار الرؤية في قانون الامارات ليس أساسه الغلط في المعقود عليه كما هو الحال في بعض التشريعات العربية كالتشريع المصري إنما أساسه عدم اكتمال الرضا بالمعقود عليه الذي لم يره العاقد ، وأن المقصود بأحكام العلم المبيع الواردة في بعض العقود في قانون المعاملات المدنية وعقد البيع وعقد الاجارة هو تعيين المعقود عليه تعييناً كافياً ، وهو مايختلف عن خيار الرؤية كما قدمت . ومن ثم فإن النقد يمكن أن يوجه للمشرع الاماراتي في استخدامه ألفاظاً مختلفة للتعبير عن حقيقة واحدة . وأقصد بذلك استعمال لفظ تعيين المعقود عليه في النظرية العامة للعقد واستخدام تعبير العلم بالمبيع أو العلم بالشىء المؤجر عند بيان لأحكام الخاصة ببعض العقود .

(٤) إن المشرع الاماراتي قد أخطأ في نصه على تطبيق أحكام البيع بشرط التجربة على البيع بالمذاق إذ مفهوم ذلك أن الخيار لايثبت للمشتري إلا بالشرط . هذا في الوقت الذي يعتبر فيه مذاق السلعة نوعاً من رؤيتها يثبت به خيار الرؤية للمشتري بقوة الشرع . وبعبارة أخرى فقد كان على المشرع ألا يخص بيع المذاق بحكم خاص به ، اتباعاً للتشريعات الغربية ، باعتبار أنه يندرج بالضرورة في مفهوم التعاقد على العين الغائبة من ثم فخيار الرؤية الثابت بقوة الشرع .

(٥) إن المشرع الاماراتي إذ وضع أحكام خيار الرؤية في القواعد العامة للعقد، قد جعله قابلاً للتطبيق على أي عقد من العقود توافر بشأنه مناط تطبيقه ، مخالفاً بذلك مسلك الفقه الاسلامي الذي عرض للخيار بصدد بعض العقود المحددة

وحسناً فعل المشرع الاماراتي بذلك .

(٦) أن المشرع الاماراتي لم يكن موفقاً في اتباعه للفقه الحنفي بصدد بعض الأمور الهامة .

من ذلك مثلاً مسألة الاسقاط حيث نص على أن خيار الرؤية لايسقط بالاسقاط، في الوقت الذي يمكن أن يعد فيه الاسقاط الحادث بعد الرؤية نوعاً من الاجازة تأسيساً على القاعدة الأصولية التي تقضي بأن العبرة للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني .

ومن ذلك مسألة انتقال خيار الرؤية بالوفاة حيث أخذ بالمذهب الحنفي الذي لايجيز انتقالها باعتبارها مشيئة تنتهي بوفاة صاحبها . هذا في الوقت التي تعترف فيه المذاهب الأخرى بصفة المالية وتجيز من ثم انتقاله إلى الورثة بالوفاة .

ومن ذلك أخيراً أن المشرع الاماراتي قد عرض لبعض الفروض التي لم يعد لها وجود في عصرنا الحاضر كما هو الحال في إشارته إلى التصرفات الغير قابلة للرفع والتي تنصرف في الحقيقة إلى عتق العبد وتدبيره .

وماتوفيقي إلا بالله ،،

مراجع البحث:

الفقه الحنفي:

١ - السرخسي (المبسوط) لأبي بكر محمد بن سهل السرخسي .

٢ - السمرقندي (تحفة الفقهاء) علاء الدين أبي بكر محمد بن أحمد السمرقندي.

٣ - الكاساني (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني .

٤ - قاضي خان فتاوى قاضي خان (الفتاوي الخانية) مطبوعة على هامش الفتاوى الهندية .

٥ - المرغيناني (الهداية بشرح بداية المبتدىء) لأبي الحسن علي بن أبي بكر عبد الجليل المرغيناني .

٦ - الزيلعي (تبيين الحقائق) شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن علي.

٧ - البابرتي (العناية) شرح على الهداية لأكمل الدين محمد بن محمود.

٨ - ابن البزاز الفتاوي البزازية .

٩ - الكمال بن الهمام (فتح القدير شرح الهداية) كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي .

١٠ - ابن نجيم (الأشباه والنظائر) الشيخ زين الدين الشهير بابن نجيم .

١١ - ابن عابدين (رد المحتار حاشية على الدر المختار) المشهور بحاشية ابن عابدين .

١٢ - الموصلي (الاختيار لتعليل المحتار) عبدالله بن محمود .

١٣ - رستم باز شرح مجلة الأحكام العدلية .

١٤ - محمد قدري مرشد الحيران .

١٥ - محمد زبد الأبياني ومحمد سلامة السنجغلي شرح مرشد الحيران .

الفقه المالكي:

١ - مالك بن أنس الموطأ رواية يحيى بن شمس الليثي .

٢ - ابن رشد الجد (المقدمات الممهدات) أبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي .

٣ - ابن رشد الحفيد (بداية المجتهد ونهاية المقتصد) محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي . .

٤ - ابن جزيء القوانين الفقهية .

٥ - الزرقاني (شرح الزرقاني للموطأ) محمد بن عبدالباقي بن يوسف .

٦ - سحنون (المدونة الكبرى سحنون عبدالسلام بن سعيد التنوخي .

٧ - القرافي (الفروق) شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي وبهامشه تهذيب الفروق للشيخ محمد علي بن الشيخ حسين مفتي المالكية .

٨ - الحطاب (مواهب الجليل شرح مختصر خليل) أبي عبدالله محمد .

٩ - الخرشي (شرح الخرشي على مختصر خليل) أبي عبدالله محمد .

١٠ - على العدوي (حاشيته على شرح الخرشي).

١١ - الدردير " الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدردير "

١٢ - عرفة الدسوقي (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير) لشمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي .

١٣ - الونشريسي (المعيار المعرب) أبي العباس أحمد بن يحيى .

الفقه الشافعي:

١ - الشافعي (الأم) للإمام أبي عبدالله محمد بن إدريس الشافعي .

٢ - الشيرازي (المهذب) للشيخ أبي اسحق ابراهيم بن محمد الشيرازي.

٣ - النووي (المجموع شرح المهذب) (المنهاج مع نهاية المحتاج) لأبي

زكريا محي الدين بن شرف النووي ٠

٤ - السيوطي (الأشباه والنظائر) لجلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي ٠

٥ - زكريا الأنصاري (منهج الطلاب) ٠

الفقه الحنفي:

١ - ابن تيمية (نظرية العقد) تقي الدين أبي العباس أحمد بن عبدالحليم بن عبدالسلام ٠

(مجموع الفتاوى)

(الفتاوى الكبرى)

(القواعد النورانية)

٢ - ابن قدامة (المغني) عبدالله بن محمد بن قدامة المقدسي ٠

٣ - المقدسي (الشرح الكبير) لأبي قرج عبدالرحمن بن قدامة ٠

٤ - ابن قيم الجوزية (أعلام الموقعين) شمس الدين ابن قيم الجوزية ٠

٥ - ابن رجب (القواعد الفقهية) للحافظ أبي الفرج عبدالرحمن ٠

٦ - المرداوي (الانصاف) علاء الدين على بن سليمان شرح المقنع ٠

٧ - منصور بن ادريس (كشاف القناع عن متن الاقناع) منصور بن يونس البهوتي٠

فقه أهل الظاهر:

١ - ابن حزم (المحلى) لأبي محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم

فقه الاباضية:

١ - الشماخي (الإيضاح) للشيخ عامر بن على الشماخي ٠

٢ - ضياء الدين عبدالعزيز (شرح النيل وشفاء العليل) للإمام ضياء الدين عبدالعزيز بن ابراهيم الحفصي ٠

المؤلفات الحديثة في الفقه الاسلامي

أحمد ابراهيم - المعاملات الشرعية المالية

- الالتزامات في الشرع الاسلامي

- العقود والشروط والخيارات (مقالة منشورة بمجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة عدد ٦) .

أحمد أبوالفتح : - المعاملات الشرعية المالية .

أحمد القارىء : - مجلة الأحكام الشرعية في الفقه الحنبلي .

عبدالرزاق السنهوري: - مصادر الحق في الفقه الاسلامي .

عبدالرزاق حسن فرج :- نظرية العقد الموقوف في الفقه الاسلامي رسالة دكتوراه .

- الإجازة في التصرفات القانوني بحث مطبوع .

علي الخفيف : - أحكام المعاملات الشرعية .

- الملكية في الشريعة الاسلامية .

- مختصر أحكام المعاملات الشرعية .

- الضمان في الفقه الاسلامي .

- تأثير الموت في حقوق الانسان والتزاماته بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد بكلية الحقوق بالقاهرة سنة ١٠ عدد ٥ و ٦ .

عبدالستار أبو غدة : - الخيار وأثره في العقود (رسالة دكتوراه) .

صديق الضرير : - الغرر وأثره بالعقود رسالة دكتو راه.

عبدالمجيد مطلوب : - خيار الرؤية بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة ١٢ عدد ١ .

حسين الذنون : - النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي رسالة دكتوراه .

حسن الشاذلي : - نظرية الشرط في الفقه الاسلامي رسالة دكتوراه.

محمد يوسف موسى : - الأموال ونظرية العقد .

محمد أبوزهرة : - الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية .

محمد سلام مدكور : - المدخل في الفقه الاسلامي .

- نظرية العقد .

محمد مصطفى شلبي :-مدخل في التعريف بالفقه الاسلامي وقو اعد الملكية والعقود فيه .

مصطفى أحمد الزرقا : - الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد .

محمد زكي عبدالبر :- أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي .

- العقود الناقلة للملكية .

- الموسوعة الكويتية .

- موسوعة الفقه الاسلامي (الصادرة بمصر) .

المراجع القانونية :

١ - أحمد نجيب الهلالي شرح القانون المدني وأخرجه حامد زكي ١٩٤٠ .

٢ - أنور سلطان العقود المسماة شرح عقد البيع والمقايضة ١٩٨٣ .

٣ - توفيق حسن فرج عقد البيع والمقايضة ١٩٨٥ .

٤ - جاسم علي سالم : ضمان التعرض والاستحقاق في العقود ، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٩٠ .

٥ - جميل الشرقاوي شرح العقود المدنية البيع والمقايضة ١٩٨٢ .

٦ - رمزي مبروك مذكرات في شرح عقد البيع في قانون المعاملات المدنية .

٧ - حسن توفيق فرج : عقد البيع .

٨ - خميس خضر : العقود المدنية الكبرى (عقد البيع والتأمين والإيجار) .

٩ - عبدالمنعم البدراوي : عقد البيع ، عقد الإيجار والتأمين .

١٠ - عبدالخالق حسن أحمد : عقد البيع في قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات ١٩٨٩ - عقد الإيجار ١٩٨٩ .

١١ - عبدالله العلفي : أحكام الخيارات في العقود رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ١٩٨٨ .

١٢ - عبدالناصر توفيق العطار عقد البيع .

١٣ - غني حسون العقود المسماة في القانون العراقي .

١٤ - فتحي عبدالرحيم مذكرات في شرح عقد البيع والإيجار لقانون المعاملات المدنية .

١٥ - محمد حلمي عيسى شرح البيع ١٩١٦ .

١٦ - محمد لبيب شنب أحكام عقد البيع .

١٧ - مصطفى الجمال وعبد الحميد الجمال عقد البيع-عقد الإيجار ١٩٩١.

١٨ - مصطفى الزرقا - البيع في القانون المدني السوري .

١٩ - منصور مصطفى منصور عقد البيع والمقايضة .

٢٠ - محمد علي عثمان الفقي فقه المعاملات دراسة مقارنة .

التنظيم الدستوري
للحقوق والحريات العامة

بقلـــم

الدكتور / محمد عبدالله محمد الركن *

---

* مدرس بقسم النظم العامة والسياسة الشرعية بكلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة

تمهيد وتقسيم :

تذكر كتب التاريخ أن عاملاً للخليفة الراشد عمر بن عبد العزيز كتب له رسالة فذكر فيها : " أما بعد فإن أناساً من قبلنا لا يؤدون ما عليهم من خراج حتى يمسهم العذاب " . فأراد العامل استيفاء حق الدولة المالي بعمل مادي يمس الحرية الجسدية للأشخاص المتنعين عن أدائه . فما كان من الخليفة الراشد إلا أن رد عليه كتابياً : فالعجب كل العجب من استئذانك إيّاي في عذاب البشر كأني جُنَّةٌ لك من عذاب الله . وكأن رضاي يجنبك من سخط الله . إذا أتاك كتابي هذا فمن أعطاك ما قبله عفواً وإلا فأخلفه فوالله لئن يلقوا الله بخطاياهم أحب إليّ من أن ألقاه بعذابهم " (١) .

وبعد ما يزيد على ثلاثة عشر قرناً من الزمان على مرور تلك الفترة الزاهية نشاهد في عصرنا الحاضر الموسوم بالمدنية والتحضر والعقلانية من يسوغ سوم الناس سؤ العذاب لا لأخذ حقوق مادية مشروعة للمجتمع بل لاغتصاب حقوق وآراء ومكتسبات لا يجوز أخذها سلماً فما بالك بالقهر . إن الكوارث التي أصابت أمتنا العربية والإسلامية والانحدار الشنيع لمستويات حقوق الإنسان في بعض أقطارها ما هو إلا نتاج لشجرة شيطانية غرسها الابتعاد عن شرع الله وثمارها التبرير لحرمان الإنسان من حقوقه وحرياته .

---

١ - د. عبدالعزيز محمد سرحان ، مقدمة لدراسة ضمانات حقوق الانسان ، د. ن ،١٩٨٨، ص ١٥ - ١٦ .

ولقد اختلفت الآراء وتباينت لا في الدول العربية فحسب بل في دول المنظومة الدولية حول ماهية الحقوق التي يجب توفير الضمانات لها ؟ أهي الحقوق المدنية والسياسية ؟ أم هي الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ؟ أم هي الحريات الأساسية فحسب ؟ فمنهم من ذهب إلى وجوب إرجاء الحرية السياسية في الدول النامية حتى تستكمل بناها التحتية وتتجاوز عقبات الأمية والجهل والمرض ويتم توفير الحريات الاقتصادية بالتغلب على الفاقة وتوفير الحريات الاجتماعية بتحقيق التعليم حتى صرح أحدهم " إن الحرية هي لقمة العيش " (٢) . و منهم من ذهب إلى أن مشاكل العالم النامي لا يمكن مواجهتها بنجاح إلا في حالة احترام مبادىء الديمقراطية وحكم القانون وحقوق الإنسان وحرياته الأساسية فالعلاقة متبادلة بين حقوق الإنسان والتنمية ولا يمكن الفصل بينهما (٣) ومن ثم وجب ضمان كافة أشكال حقوق الإنسان .

إلا أن المتفق عليه هو أن حرية الفرد ليست ترفاً ولا يجوز أن نعدها ترفاً ومن ثم

---

٢ - د. وحيد رأفت ، " القانون الدولي وحقوق الانسان " ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد ٣٣ ، ١٩٧٧ ، ص ٤٢ .

٣ - أنظر : B.G . Ramcharan , " the Universal Declaration of Human Rights and its Place in the Contemprorary World " , Hamline Law Review, Vol . 13 , Summer 1990 . P . 502 .

وكما قال Paul Valery :

" in order that people should exercise civil and political rights they must live not merely exist ".

لابد من ضمانها لكافة الأفراد فهي التي تحقق كيانهم كبشر. إلا أن مشكلة الحرية أنها تتواجه مع السلطة . فالحرية - كما يذكر د. محمد عصفور - تمثل قيداً على السلطة تتسع رقعتها بانكماش رقعة سلطان الحكم (٤). لذا كان لزاماً توفير التوازن بينهما وكفالة الطرف الأضعف وتوفير الضمانات له .

وتتعدد ضمانات الحرية وحقوق الانسان فمنها الضمانات السياسية كرقابة السلطة التشريعية لأعمال الحكومة ومحاسبتها عليها وحق الفرد في الانتخاب وتقديم عرائض شكوى ومنها الضمانات القضائية ومنها الضمانات القانونية . ويندرج ضمن النوع الثالث من الضمانات الضمانة الدستورية في النطاق القانوني الوطني . ونظراً لكون الضمانة الدستورية الوطنية مرحلة وسطى في سلسلة الضمانات القانونية تقع بين طرف خارجي هو الضمانات الدولية لحقوق الانسان متمثلة في المواثيق والعهود الدولية والاقليمية والتي عادة ما يعود إليها واضعو الدساتير القطرية لاستلهام واقتباس الأفكار المتضمنة فيها ، وبين طرف داخلي أدنى منها رتبة في سلم التدرج القانوني

---

٤ - د. محمد عصفور ، " ميثاق حقوق الانسان العربي ضرورة قومية ومصيرية " ، الديمقراطية وحقوق الانسان في الوطن العربي ، مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت ، ١٩٨٣ . ص ٢٤١ .

وكما يذكر جون ستيوارت مل :

" Liberty and order are difficult to receoncile, ... We must have both , but a happy balance is not easy to maintain" :

وردت في كتاب :

Henry J. Abraham : Freedom and the Court , Oxford University Press, Fourth edition, 1982 , P.3.

وهي التشريعات المحلية متمثلة في القوانين المنظمة للحقوق والحريات العامة . لذا كان لزاماً تبيان الصلة بين الأطراف الثلاثة ومدى تأثر وتقييد أحدها للأخرى عند تنظيمها لهذا الموضوع .

كما أنه من الضرورة بمكان بعد تناول مهمة هذه الدراسة وهي الاجابة على سؤال مؤداه : ما هو دور الضمانات الدستورية في تنظيم الحقوق والحريات العامة ؟ أن أعطف من منظور عام على التطبيق العملي في الدول العربية . وعليه فسوف تكون خطة البحث كالتالي :

المبحث الأول : علاقة التنظيم الدستوري بالمواثيق الدولية والاقليمية .

المبحث الثاني : أساليب التنظيم الدستوري للحقوق والحريات العامة .

المبحث الثالث : علاقة التنظيم الدستوري بالتشريعات الوطنية المنظمة للحقوق وللحريات العامة .

المبحث الرابع : موقف الدساتير العربية من تنظيم الحقوق والحريات العامة .

المبحث الاول
علاقة التنظيم الدستوري بالمواثيق الدولية والاقليمية

صدرت في القرن العشرين مواثيق وإعلانات دولية عديدة لحماية الحقوق والحريات العامة أبرزها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في العاشر من ديسمبر ١٩٤٨ والذي يعد توصية غير ملزمة بحسب الإتجاه السائد في الفقه القانوني . وكذلك العهد الدولي بشأن الحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي بشأن الحقوق الاقتصادية

والاجتماعية والثقافية . وعلى المستوى الإقليمي فلقد صدرت الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان والاتفاقية الامريكية لحقوق الإنسان والميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب .

أما حظ الدول العربية من هذه المواثيق والإعلانات الدولية فنزر يسير . فبداية بلغ عدد الدول العربية التي صادقت أو وقعت على العهدين الدوليين الأساسيين أثنى عشر قطراً . بل إن بعضها لم ينضم إليها مختاراً بقدر ما كانت التطورات الداخلية أو الظروف الدولية تحتم عليه الإرتباط بهذين العهدين (٥) . وما زالت مجموعة من الدول العربية عازفة عن هذه العهود ومثيلاتها مفضلة أن تبقى بعيدة عن آليات الرقابة الدولية .

أما على المستوى الإقليمي فإن الجهد العربي المبذول لإيجاد ضمان إقليمي لحقوق الإنسان العربي لم يتجسد حتى الآن في معاهدة أو شرعة ملزمة توفر الأسس القانونية لهذه الحقوق في النطاق الاقليمي . فميثاق جامعة الدول العربية خلا من الإشارة إلى حقوق الإنسان واعتبارها محور اهتمام بين الدول الأعضاء . وعندما أنشأت الجامعة

---

٥ - مثلاً دولة اليمن صدقت على العهدين ضمنا مع اندماج الشطرين عام ١٩٩٠ . أما دولة الصومال فلقد صدقت على العهدين في نفس العام لتخفيف الضغوط الواقعة عليها من الدول المانحة للمعونة ونزولاً عند رغبتها ، انظر محسن عوض ، " مستقبل حقوق الانسان في الوطن العربي " ، المستقبل العربي ، السنة ١٤ ، العدد ١٥١ ، سبتمبر ١٩٩١ . ص ٥٠ . أما بالنسبة لتواريخ تصديق أو توقيع الدول العربية على العهدين الدوليين فهي كالتالي : تونس وسوريا (١٩٦٩) - ليبيا (١٩٧٠) - العراق (١٩٧١) - لبنان (١٩٧٢) - الأردن (١٩٧٥)- المغرب (١٩٧٩) - مصر (١٩٨٢) - السودان (١٩٨٦) - الجزائر (١٩٨٨) - اليمن والصومال (١٩٩٠) .

لجنتها الأولى في هذا المجال عام ١٩٦٨ لم يكن ذلك بمبادرة ذاتية بقدر ما كان مقترحاً من الأمم المتحدة . بل إن اهتمام الدول الأعضاء انصب على حقوق الإنسان في الأراضي المحتلة وغض الطرف عن حقوق الإنسان في هذه الدول ذاتها [٦] . وفي محاولة لتدارك هذا الخلل واللحاق بالركب العالمي أصدرت الجامعة مشروعين لحقوق الإنسان العربي أحدهما عام ١٩٧١ والآخر عام ١٩٨٢ ولم يريا النور حتى الآن .

والملاحظة العامة على هذه المواثيق الدولية والإقليمية أنها وإن أكدت على احترام الحقوق والحريات العامة للأفراد ووجوب صيانتها ووضع الضمانات الكفيلة بردع من تسول له نفسه الاعتداء عليها إلا أنها كانت منطقية وواقعية في تعاملها مع هذه الحريات ، وذلك بإتاحتها للقانون الداخلي تنظيم بعض صور هذه الحريات سواء أكان هذا القانون الداخلي مجسداً في نصوص دستورية أم نصوص قوانين عادية .

فالإعلان العالمي لحقوق الإنسان يؤكد في الفقرة الثانية من المادة ٢٩ على أنه :
" لا يخضع أي فرد في ممارسة حقوقه وحرياته إلا للقيود التي يقررها القانون مستهدفاً منها ، حصراً ، ضمان الاعتراف الواجب بحقوق وحريات الآخرين واحترامها والوفاء بالعادل من مقتضيات الفضيلة والنظام العام ورفاه الجميع في مجتمع ديمقراطي " .

أما المادة الرابعة من العهد الدولي الخاص بالحقوق الإقتصادية والاجتماعية

---

٦ - للجهود العربية في إطار الدول العربية انظر د. حسن السيد نافعة ، " الجامعة العربية وحقوق الانسان " ، شؤون عربية ، العدد ١٣ ، مارس ١٩٨٢ . ص ٤٩٢ - ٤٩٩ .

والثقافية فنصت على :

" تقر الدول الأطراف في هذا العهد بأنه ليس للدولة أن تُخْضع التمتع بالحقوق التي تضمنها طبقاً لهذا العهد إلا للحدود المقررة في القانون ، وإلا بمقدار توافق ذلك مع طبيعة هذه الحقوق ، وشريطة أن يكون هدفها الوحيد تعزيز الرفاه العام في مجتمع ديمقراطي " .

ولقد تضمن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية نصوصاً مقيدة لهذه الحقوق وتجيز للقانون الوطني تقييدها كحق الفرد في التنقل وحق التعبير وممارسة حق التجمع السلمي وحرية تكوين الجمعيات .

كذلك فالاتفاقيات الاقليمية أقرت تنظيم القوانين الوطنية لبعض الحريات فالاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان تقر ذلك عند الحديث عن الحرية الشخصية (م ٥) وحرية الإنسان في إعلان ديانته وعقيدته (م ٩) وحرية التعبير (م ١٠) . أما الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان فتجيز ذلك عند ورود ذكر بعض الحريات كالحرية الشخصية (م ٧) وحرية إظهار الدين والمعتقدات (م ١٢) وحرية الفكر والتعبير (م ١٣) . وسار على نفس النهج الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب .

والمادة ٧/أ من مشروع الميثاق العربي لحقوق الإنسان أكدت هذا المعنى بذكرها أنه :

" لا يجوز فرض قيود على الحقوق والحريات المكفولة بموجب هذا الميثاق سوى ما

ينص عليه القانون ويعتبر ضرورياً لحماية الأمن والاقتصاد الوطنيين أو النظام العام أو الصحة العامة أو الأخلاق أو حقوق وحريات الآخرين " .

نخلص مما سبق إلى أن المواثيق الدولية والإقليمية تجعل أمر تنظيم القوانين الوطنية لبعض الحقوق والحريات العامة أمراً مشروعاً . ولكن تثور هنا أسئلة عدة عند تناول موضوع التنظيم في المستوى الوطني . هل الدستور منشىء أم كاشف لهذه الحقوق والحريات ؟ هل مجرد النص على الحقوق في الدستور يضمنها ؟ ما دور الدساتير الوطنية في هذا الخصوص ؟ ما هي الحريات التي تقبل التنظيم وتلك التي لا تقبلها ؟ ما هي أنماط الضمانة الدستورية للحقوق والحريات العامة ؟

هذه الأسئلة موضوع البحث ومحل الدراسة في المباحث التالية .

المبحث الثاني

أساليب التنظيم الدستوري للحقوق والحريات العامة

قبل الخوض في بحث الأسئلة المطروحة في الفقرة السابقة فإنه من الأجدر بنا التعرض بشكل بسيط لمسألة ثار الجدال والنقاش والبحث الفلسفي حولها . ألا وهي مدى إلزامية مبادىء حقوق الانسان .

المطلب الأول
المذاهب المختلفة في مدى إلزامية
مبادىء حقوق الانسان

منذ أن برزت فكرة " مبادىء حقوق الإنسان " في العصر الحديث والجدل يدور حول مدى الزامية هذه المبادىء وهل مجرد الإعلان عنها يكسبها مثل هذه الصفة ؟ واختلفت مذاهب الشعوب في التعبير عن الالزامية القانونية لمبادىء حقوق الإنسان . فالفرنسيون كما يقول عنهم فيديل Vedel " يعشقون إعلانات المبادىء ويحتقرون الإجراءات التي تتضمنها " (٧) . لذا أصدروا هذه الحقوق في شكل اعلانات حقوق إنسان أو في مقدمات دساتيرهم مما أدى إلى إثارة جدل حول القيمة القانونية لهذه الحقوق .

فإعلانات الحقوق ، وأشهرها (إعلان حقوق الإنسان المواطن) الصادر بعد الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ ، يذهب البعض إلى رفع قيمتها القانونية فوق النصوص الدستورية وذهب فريق ثان إلى مساواتها بالنصوص الدستورية والاعتراف لها بالعلو على القوانين العادية (٨) ويذهب آخرون إلى اعتبارها مجرد مبادىء فلسفية توجيهية

---

٧ - د. محمد سعيد المجذوب، الحريات العامة وحقوق الانسان،جروس برس،طرابلس، د.ت .ص ٩.

٨ - للمزيد من التفصيل حول هذا الاختلاف في تقدير القيمة القانونية لاعلانات حقوق الانسان انظر د. كريم يوسف أحمد كشاكش ، الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٧ . ص ٣٦٦ - ٣٦٧ . ود . ابراهيم عبدالعزيز شيحا ، المبادىء الدستورية العامة ، الدار الجامعية ، ببروت ، ١٩٨٢ . ص ١٩١ - ١٩٨ .

ليس لها قيمة قانونية . ولم يحسم هذا الجدل إلا عام ١٩٧١ عندما قطع المجلس الدستوري الجدل وأضفى على الحقوق المعلنة في ديباجة دستور ١٩٥٨ القيمة الدستورية الكاملة . (٩)

ولو أمعنا النظر في تعامل الدساتير الوطنية مع مسألة حقوق الإنسان وحرياته لاستبان وجود تباين واضح حتى بين تلك الدول التي تنتمي فقهياً إلى مجموعة واحدة تنتظمها مدرسة قانونية أساسية . فلو درسنا دساتير الدول التي تنتمي إلى مجموعة المدرسة الانجلو ساكسونية أو ما يعرف بفقه القانون العام Common Law لتأكد لدينا هذا التباين . وتفسير ذلك هو اعتماد واضعي دساتير هذه الدول في تكييفاتهم القانونية لمبادىء حقوق الإنسان للخلفيات الاجتماعية والثقافية بل والاقتصادية لمجتمعاتهم . فالتجربة الانجليزية تختلف عن تلك التي اتبعتها كندا والتي تغاير المنهج الايرلندي والأمريكي بخصوص الكيفية التي يتم بها التعبير عن ضمانات حقوق الانسان وحرياته .

أما الأنجليز فقد عرفوا وثائق مختلفة تنبيء عن العقلية الواقعية .فالاعتراف بالحقوق والحريات ليس ذا أهمية إذا لم تتم ممارستها ووضع الضمانات التي تمنع التعدي عليها. فلذا صدرت وثائق في القرنين الثالث عشر والسابع عشر كالمجنا كارتا عام ١٢١٥، وملتمس الحقوق Petition of Rights عام ١٦٢٨، وقانون الهيباس كوربوس

٩- د. نفيس صالح المدانات ، " قيمة الاعتراف الدستوري بحقوق الانسان " ، في حقوق الانسان (المجلد الثالث) إعداد د. محمود شريف بسيوني وآخرون ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٨٩ . ص ١٨٩ - ١٩٠ .

(احضار جسد السجين) Habeas Corpus Act عام ١٦٧٩، ووثيقة الحقوق Bill of Rights عام ١٦٨٩ . بيد أنها كانت جميعاً ذات صبغة قضائية أكثر منها وثائق قانونية صرفة [(١٠)] .

كذلك فإنه من الجدير بالملاحظة أن التركيب الدستوري للمملكة المتحدة لا يقدم ضمانات رسمية للحرية . فالحقوق المعلنة في الوثائق القديمة والقيود التي فرضتها لها أهمية رمزية أكثر منها عملية . فمهوم السيادة للبرلمان Parliamentary Sovereignty ، والذي يجيز للبرلمان سن أي قانون يشاء مع عدم امكانية منح هذه السلطة لأي شخص أو هيئة لتجاوز ما أقره البرلمان ، يعطي البرلمان الانجليزي حق تجاوز هذه الوثائق وتلك القيود في أي وقت شاء بقانون عادي [(١١)] .

وفي تعامل النهج الدستوري البريطاني مع الحقوق والحريات العامة تم الأعتماد على مبدأ مهم في القانون العام وهو " الشيء غير الممنوع جائز [(١٢)] :

" What is not prohibited is permitted "

---

١٠ - انظر د. شيحا ، المصدر نفسه ، ص ١٨٧ - ١٨٨. وكذلك للتفصيل حول هذه الموائيق انظر رسالة الدكتوراة Manouchehr Ganji , International Protection of Human Rights , Librairie E. Droz, Geneve, 1962 . PP.150-153.

١١ - انظر : E.C.S. Wade & A.W. Bradly , Constitutional and Administrative Law , Longman, London, Tenth edition , 1986 . P. 471.

١٢ - Ibid . , P.501 .

فكما يذكر الفقيه الانجليزي دايسي في كتابه (قانون الدستور) والذي يعد الأساس التقليدي للنظام الدستوري البريطاني : " فإن المبادىء العامة لدستورنا (كحق الشخص في حريته الشخصية ، حقه في الاجتماع العام) هو نتاج لأحكام قضائية متعلقة بحقوق أشخاص معينين في قضايا معينة رفعت أمام المحاكم .... فيغيب عن الدستور الانجليزي تلك الإعلانات والتعريفات للحقوق التي يعتز بها الدستوريون الأجانب . لذلك فإن الدستور هو نتاج للتشريع العادي في البلد" (١٣) .

كذلك يجادل الدستوريون الانجليز بأن حماية الحريات هي في نهاية الأمر مسألة سياسية وليست قانونية ومن ثم فليس من المجدي إيجاد تشريعات قانونية ملزمة لحمايتها إذا كان من خلال مبدأ سيادة البرلمان يمكن لهذا الأخير إلغاءها كما يفعل مع القوانين العادية . فالمهم ليس وجود وثيقة تعدد هذه الحريات بصياغة متقنة ومعقدة يصعب فهمها لدى الرجل العادي بل استقلال القضاء ومنحه للفرد الذي تنتهك حقوقه محاكمة عادلة وكذلك الحماية الاجرائية . (١٤) لذلك كان اسهام البرلمان الانجليزي في مجال الحقوق والحريات ضعيف تمثل في تشريعات متناثرة بينما كان للمحاكم دور أكثر ايجابية في هذا الخصوص .

---

١٣ - انظر : A.V.Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution , Liberty Classics , Indianapolis , 1982 . PP . 116 - 117.

١٤ - انظر : Harry Street , Freedom , The Individual and the Law , Penguin books , London , Fifth edition , 1987 . PP. 312-314 .

وبعد توقيع المملكة المتحدة على الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان عام ١٩٥١ ومن ثم اقرارها عام ١٩٦٦ باختصاص المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان بالنظر في القضايا التي يرفعها الأفراد في مسائل تتصل بحقوق الإنسان وإصدار هذه المحكمة لقرارات عديدة ضد الحكومة البريطانية انعكس ذلك على التشريعات الوطنية بحيث أصبح المشرع الانجليزي ملتزماً في تشريعاته عدم معارضتها للاتفاقية الأوربية بل وتعديل تشريعاته السابقة لتتوافق مع الاتفاقية . وكان لذلك كله دوره في مناداة بعض القانونيين الانجليز إلى وضع وتبني وثيقة حقوق (١٥) Bill of Rights خاصة بالمملكة المتحدة خصوصاً وأنها الدولة الوحيدة في المجموعة الأوربية التي لم تدمج الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان في نظامها القانوني الوطني .

وكان اللورد سكارمان Scarman أول المنادين بوضع هذه الوثيقة عن طريق ادماج الاتفاقية في تشريع وطني وذلك عام ١٩٧٤ . وتلت ذلك ثلاث محاولات لم يكتب لها النجاح في مجلس اللوردات الانجليزي لاقرار هذه الوثيقة (١٦) . وعللت هذه المحاولات بأنها مسايرة للوضع كما أنها تسهل اجراءات التقاضي للأفراد للحصول

---

١٥ - Wade , op. cit., PP. 582 - 583 .

١٦- انظر : Lord Scarman , Human Rights - Can they be protected without a written constitution ? , University college of Swansea . 1986. P. 3.

الأولى والثانية قدم مشاريعها Lord Wade والثالثة قدمها Lord Broxbourn في نوفمبر ١٩٨٥ وسقطت جميعها في مجلس العموم البريطاني .

على تعويضات نتيجة للاعتداء على حقوقهم وحرياتهم [(١٧)] .

كما أن الاحصائيات الأوربية تبين أن نسبة الشكاوي التي تعرض أمام المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان والتي تكون المملكة المتحدة طرفاً فيها تمثل ثلث القضايا تقريباً مما يعني وجود خلل في الضمانات التي توفرها التشريعات الوطنية ووجوب إعادة النظر فيها [(١٨)] .

ومع ذلك فإن الموقف الدستوري البريطاني لم يتغير حتى وقتنا الحاضر ويرفض بعض القانونيين أي تعديل دستوري للنظام البريطاني يشتمل على اقرار وثيقة للحقوق يكون لها حصانة ضد الألغاء عن طريق تشريع لاحق يقره البرلمان . وذلك بزعمهم - كما تكرر ذلك كافة الحكومات البريطانية المتتالية - بأن حقوق الإنسان في

---

١٧ انظر : Wade , op. cit. PP. 580-81 و Lord Scarman , Op.Cit.,P. 6
نتيجة لعدم دمج الاتفاقية الأوربية في النظام القانوني الوطني الانجليزي فإن هذه الاتفاقية لا يمكن تطبيقها مباشرة أمام المحاكم البريطانية كما لا يمكن للأفراد الاعتماد عليها كأساس لدعواهم في انتهاك حقوقهم غير المقرة في التشريع الوطني . وغاية الأمر أن المحاكم الانجليزية ترجع إلى هذه الاتفاقية لتفسير التشريعات الوطنية . فإقرار وثيقة الحقوق سوف يجعل للأفراد حقاً في رفع قضاياهم مباشرة أمام المحاكم الانجليزية دون الحاجة إلى اللجوء إلى المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في ستراسبورج .

١٨ - انظر : Lord Scarman , Op. Cit., P.7 .
فمن ضمن ٥٩٦ طلب قدمها الأفراد عام ١٩٨٥ يزعمون فيها حصول خرق للحقوق التي ضمنتها الاتفاقية الأوربية في ١٧ دولة موقعة عليها كان نصيب المملكة المتحدة ١١٢ طلب ، الأمر الذي جعلها تحتفظ بنسبة أعلى من أي دولة أخرى طرف في الاتفاقية .

ظل هذا النظام الدستوري لها حماية كافية من القانون الوطني . وأن ادخال مثل هذا التعديل سيكون من شأنه تعزيز دور القضاء وتوسيع نطاق اختصاصه لمراجعة القرارات والقوانين التي تصدرها السلطة التشريعية الأمر الذي يكاد أن يكون ثورة في النظام الدستوري البريطاني . وكذلك فإن الممارسة العملية أوضحت أن القوانين والوثائق الدستورية ذات الصلة بحقوق الانسان ظلت سارية في بريطانيا منذ اقرارها مع فقدانها للحماية القانونية ضد الالغاء (١٩) .

أما بالنسبة لجمهورية ايرلندة فلقد تعامل نظامها الدستوري بشكل آخر عند وضع ترتيبات حقوق الانسان وضماناتها . فالنظام الدستوري الايرلندي لا يقر بالمفهوم البريطاني لسيادة البرلمان ، فهو يقوم على أساس أن البرلمان الايرلندي له وظائف معينة أوضحها الدستور ويمارسها بشكل محدد مقيد . ومن ثم فلا يمكنه تمرير أي قانون يتناقض مع هذا الدستور (٢٠) .

---

١٩ - Wade , Op. Cit ., P.588 . ، وكذلك Ibid, PP. 4-5.

٢٠- انظر في هذا الخصوص كتاب: Brian Doolan, Constitutional Law and Constitutional Rights in Ireland, Gill and Macmillan, Second edition , 1988 , PP. 34 - 35 .

أوجد الدستور الايرلندي طريقتين لفحص مدى دستورية التشريع الذي يقره البرلمان بمجلسيه . فرئيس الجمهورية يمكنه طلب النصح من المحكمة العليا قبل صيرورة المشروع قانوناً حول مدى توافق المشروع كله أو جزء منه مع الدستور الايرلندي . وهذه صفة تميز بها النظام الدستوري الايرلندي عن غيره من الأنظمة الدستورية . كذلك فالسبيل الثاني هو منازعة الأفراد لدستورية التشريعات التي سنها البرلمان أمام المحاكم والتي من صلاحيتها النظر في هذا الموضوع والحكم به .

ولقد أورد الدستور في صلبه نصوصاً تضمن حقوقاً أساسية للأفراد أجاز تنظيمها في سبيل المصلحة العامة دون الغاءها مع إمكانية مراجعة هذا التنظيم الذي تسنه السلطة التشريعية أمام المحاكم الوطنية . كذلك فإن المحاكم الايرلندية عند قيامها بتفسير الدستور أقرت بوجود حقوق دستورية ضمنية كحق غير المواطن في منازعة دستورية قوانين أقرها البرلمان (٢١) .

أما الدستور الأمريكي فلم يتضمن ، باستثناء المقدمة ، ذكر أي حقوق للأفراد . وما عرف بوثيقة الحقوق Bill of Rights فهي تعديلات أدخلت فيما بعد على صلب الدستور وتم الاعتراف لها بنفس القيمة القانونية لنصوص الدستور (٢٢) . وكان

٢١- تطور جديد في النظام الايرلندي هو الادعاء بأن غياب نصوص معينة عن القانون تحيله إلى تشريع دستوري مختل . أي بعبارة أخرى فلب الشكوى ليس أن القانون المطعون فيه غير دستوري بل الزعم بأنه لواشتمل على بعض النصوص لكان أكثر قبولاً من الناحية الدستورية . ففي قضية Dennely v Minister of Social Welfare عام ١٩٨٦ ذكر المدعي أنه لا اعتراض على أن الزوجات المهجورات يجوز لهن الحصول على معونة خاصة ولكن عدم توفر مثل هذه المعونة للأزواج المهجورين يجعل القانون مختلاً من الناحية الدستورية . ونفس الموضوع أثير فيما يخص بقصر منح الجنسية الايرلندية لمن تتزوج من ايرلندي وعدم امتداد هذا الحق ليشمل ذلك الذي يتزوج من ايرلندية .سوى أن هذا التطورغيرملزم للسلطة التشريعية فكما أقرت المحكمة العليا فإنه ليس من اختصاصها توجيه السلطة التشريعية في مهامها التشريعية بل يقتصر دورها على فحص مدى دستورية التشريعات التي تجيزها هذه السلطة .

٢٢ - بالنسبة لوثيقة الحقوق في الدستور الأمريكي فهي تحتوي التعديلات الدستورية التي أقرها الكونجرس الأمريكي الأول ومن ضمنها التعديلات العشرة الأولى التي اقترحتها المجالس التشريعية لعدة ولايات في سبتمبر ١٧٨٩ ودخلت طور التنفيذ في ديسمبر ١٧٩١ .=

سبب تبني هذه الوثيقة هو وضع قيود على الحكومة المركزية الناشئة . كما أن الالتزام بها كان مقتصراً أساساً على الحكومة الاتحادية حتى تم اقرار التعديل الرابع عشر عام ١٨٦٨ والذي وسع من نطاق الالتزام بها إلى الولايات الأعضاء (٢٣) .

وفي النظام الدستوري الأمريكي يوجد ما يعرف بالمراجعة القضائية Judicial Review الذي يخول المحكمة العليا سلطة اعلان عدم دستورية تشريع ما سنه الكونجرس وبالتالي عدم امكانية تطبيقه . وكان لهذه المحكمة دور كبير في صيانة الحقوق والحريات العامة للأفراد . فأكثر من نصف القضايا التي تقضي فيها تقع ضمن مجموعة ما تعرف باسم " الحريات الأساسية للإنسان " (٢٤) . وإن كانت المحكمة تفرق في تعاملها مع التشريعات الأساسية المتعلقة بحقوق الملكية Property Rights وتلك المتعلقة بالحقوق الأساسية للإنسان basic human rights فهي تفترض دستورية كافة التشريعات ذات الصلة بالفئة الأولى إلا إذا أثبت المشتكي عكس ذلك ، ولكنها تنظر بنظرة ريبة للتشريعات والتصرفات التنفيذية ذات الصلة بالفئة الثانية من الحقوق (٢٥) .

= يضاف إليها التعديل الثالث عشر (١٨٦٥) والتعديل الرابع عشر (١٨٦٨) والتعديل الخامس عشر (١٨٧٠) والتعديل التاسع عشر (١٩٢٠). انظر : Ganji ، المصدر نفسه ، P.155 .

٢٣ - انظر : Abraham , Op. Cit., PP. 28-32 .

٢٤ - Ibid , PP. 5 - 6.

٢٥ - Ibid ., 13 .

أما النظام الدستوري الكندي فقد سلك نهجاً متميزاً عن الأمثلة السابقة في تنظيمه لمسألة الحقوق والحريات العامة . ففي عام ١٩٦٠ أقر البرلمان الكندي وثيقة حقوق مستقلة لم تأت بشكل تعديل دستوري كما هو الحال في الولايات المتحدة . وتم العدول عن هذه الوثيقة عام ١٩٨٢ عندما قدم رئيس الوزراء آنذاك (توررودو) وثيقة للحقوق والحريات Charter of Rights and Freedoms والتي سعت لحماية بعض الحقوق الأساسية والديمقراطية . وتذكر المادة الأولى منها أن الوثيقة تضمن الحقوق والحريات المنصوص عليها وفقاً للحدود المعقولة التي يقررها القانون والتي يمكن تبريرها في مجتمع حر وديمقراطي . مما يعني أن الوثيقة منحت السلطة التشريعية حق اصدار حدود لهذه الحريات مع امكانية مراجعتها أمام المحاكم . والأمر الذي تميز به النظام الدستوري الكندي في هذا الخصوص أن الوثيقة ليست محصنة ضد البرلمان الفيدرالي أو السلطات التشريعية الاقليمية . أي أنه يجوز الاعلان صراحة في تشريع اتحادي أو اقليمي أن هذا التشريع سيعمل به على الرغم من الاتفاقية المذكورة ، وهي سلطة تعرف باسم (التجاوز التشريعي الواضح) Express Legislative Override (٢٦).

وقد انتهجت غالبية الدساتير المعاصرة عند تناولها موضوع الحقوق والحريات العامة الاسلوب الذي اختطه الدستور الأمريكي . فلقد أوردت هذه المبادىء في صلب موادها مما أضفى عليها سمواً على التشريعات العادية والقوانين المحلية مما ألغى

٢٦- Wade , Op. Cit ., PP. 586 - 87 - 26 .

لا تطبق سلطة التجاوز التشريعي الواضح فيما يخص الحقوق المضمونة للغتين الرسميتين لكندا .

امكانية قيام جدل حول قيمتها القانونية وأبعد عنها صفة عدم الالزام أو كونها قواعد أخلاقية مجردة .

إن الحماية الدستورية للحقوق والحريات يرتقى بها في سلم البناء القانوني للدولة بوجه عام . و تعد هذه الحماية من أعلى الضمانات القانونية في الاطار الوطني الداخلي . كذلك فإن الدستور قد يوفر لهذه الحقوق والحريات سياجاً آخر للدفاع عنها إضافة إلى منحها القيمة القانونية الدستورية - متمثلاً في النقاط التالية :

١ - التأكيد على مبدأ الفصل بين السلطات الثلاث بحيث نضمن عدم تجاوز أي من السلطات حدودها فتخرق الحقوق الأساسية للأفراد .

٢ - التأكيد على مبدأ المشرعية والدولة القانونية . بحيث لا تصدر الأعمال إلا وفقاً للقواعد القانونية العليا ومطابقة لها .

٣ - التأكيد على استقلالية القضاء وكفالة حق التقاضي للأفراد .

٤ - الرقابة القضائية لأعمال السلطات الأخرى كركيزة مهمة في حراسة وحماية حقوق الأفراد . واتضحت هذه الرقابة فيما يعرف بالرقابة على دستورية القوانين (٢٧) .

---

٢٧ - د. حسن علي ، حقوق الانسان ، وكالة المطبوعات ، الكويت ، ١٩٨٢ . ص ٢٣ .

ومما يجب التأكيد عليه في هذا الصدد أن الدساتير لا تعد منشئة للحقوق والحريات العامة للأفراد بل إنما هي مقررة أو كاشفة عن هذه الحقوق . فهذه الحقوق تعد في جانب منها حقوق طبيعية سابقة لقيام الدولة كحق الحرية وحق المساواة .

ونظراً لطبيعة الدساتير العامة والتي تضع الأهداف والمباديء الأساسية للدولة وسلطاتها فإنه ولأسباب تتصل بالصياغة الفنية لم يعد ممكناً أن تتضمن هذه الدساتير تفصيلات دقيقة وتنظيماً واسعاً للحقوق والحريات العامة . بل إن حرص الدولة على حماية واحترام هذه الحقوق والحريات لا يمكن قياسه بطول القائمة التي توردها في صلب دستورها . فدول كبريطانيا ذات الدستور القائم على الاعراف والولايات المتحدة التي لم يشتمل دستورها على هذه الحقوق إلا بعد تعديلات لاحقة ، لا يمكن الزعم بأنها تتعدى أو تتجاهل حقوق مواطنيها لعدم تفصيل أو تنظيم دساتيرها لهذه الحقوق [٢٨] .

كما أنه من الجدير بالملاحظة أن لا أحد يدعي بأن مجرد ذكر هذه الحقوق في نصوص دستورية سوف يترتب عليه بالضرورة احترامها وصيانتها في الواقع العملي ، وحال حقوق الإنسان في الدول النامية خير شاهد ومؤيد لهذا القول . وهنا قد يهب نفر من الناس لطرح سؤال جدير بالاهتمام وهو : إذن ما الداعي أصلاً للنص على هذه الحقوق والحريات في صلب الدستور مادامت ليست موضعاً للممارسة ؟ والجواب على ذلك ينبع من حقيقة أن ذكر الحقوق والحريات العامة في الدستور ينتج أثرين مهمين وهما أنه من الناحية الإيجابية يوضح للمرء مدى قبول أو رفض الدولة لها بشكل رسمي

---

٢٨ - د. حسن علي ، المصدر نفسه . ص ١٥٩ .

ومن الناحية السلبية يبين مدى صرامة أو خفة القيود التي تضعها أعلى وثيقة قانونية في تلك الدولة على حقوق وحريات سكانها . كما أن وجود نصوص دستورية مكتوبة ضامنة للحقوق والحريات العامة قد يجعل سبيل الاعتداء عليها أكثر صعوبة ومشقة من حال انعدام هذه النصوص وعدم توفر وثيقة قانونية تضمنها وتلزم احترامها .

ويؤكد ذلك البروفسور Cowen قائلاً :

" No knowledgeable person has ever suggested that constitutional safeguards provide in themselves complete and indefeasible security. But they make the way of the transgressor , or the tyrant, more difficult.

They are , so to speak , the outer bulwark of defence." (٢٩)

يضاف إلى ذلك بأن العديد من الدول النامية تحاول أن تضمن دساتيرها الحقوق والحريات العامة التي أوردها الإعلان العالمي أو العهدين الدوليين كواجهة إعلامية أو دعاية خارجية لنظمها السياسية لاخفاء الطبيعة الحقيقية لها .

---

٢٩ - نقلاً عن Paul Valery في مقالته :

" Constitutions and Bills of Rights in Third World Nations : Issues of form and Content " , Adelaide Law Revriew , Vol.12, July 1989. P. 6.

المطلب الثاني

تقسيم التنظيم الدستوري المتعلق بالحقوق والحريات العامة

كان أمام الدساتيرالعربية نهج أحد طريقين عند تعاملها مع حقوق الإنسان وحرياته . أولهما أن تفصل هذه الحقوق وتنظمها بشكل قطعي لايدع للسلطة فرصة التغول عليها أو الإنتقاص منها . وثانيهما أن تحدد الركائز والمبادىء الأساسية لهذه الحقوق تاركة التفاصيل والتنظيم لسلطات الدولة . ومع سلامة الطريق الأول إلا أنه يتعارض مع الاعتبارات الفنية والقانونية ويصعب تطبيقه في الواقع العملي فما كان من الدساتير سوى سلوك الطريق الآخر .

ومع النظر القانوني البحت في النصوص الدستورية وكتابات الفقهاء الدستوريين في شأن تنظيم الحقوق والحريات يتضح أن تناول الدساتير لهذه المسألة كان ضمن خطين أساسين لضمان حقوق الإنسان :

١ - نصوص مانعة أو محرمة وضعت الأسس والركائز لمنع أعمال أو تصرفات ذات صلة بحقوق الانسان منعاً مطلقاً أو حظراً مقيداً بحدود القانون . فلشدة وفداحة أعمال الطائفة الأولى ومساسها بحقوق الانسان وحرياته الأساسية قام المشرع الدستوري بتحريم الاتيان بها تحريماً مطلقاً يمتنع على السلطة التشريعية إصدار قانون يجيزها أو ينظمها كما لايجوز للسلطة التنفيذية - من باب أولى - إباحتها بقرار إداري فردياً كان أم تنظيمياً .

ومن أمثلة هذه الطائفة عدم جواز ابعاد المواطنين وتحريم ايذاء المتهم وتعذيبه أوتعريضه لمعاملة حاطة بالكرامة وعدم رجعية النصوص العقابية ومنع تسليم اللاجئين السياسيين .

أما الطائفة الثانية من الأعمال التي يحظر القيام بها لمساسها بكيان الفرد وذاته البشرية وأجاز الدستور للسلطات إتيانها في أحوال معينة فإنه وضع هذه الإجازة رهناً للقانون الصادر من السلطة التشريعية وليس لأي وسيلة أقل درجة منه . فهذه الطائفة من الأعمال مع أن الأصل فيها الحظر إلا أنه يجوز استثناء تنظيم القانون لها. ومن أمثلتها إجبار الناس على العمل في الأحوال الاستثنائية وبشرط التعويض عنه، وإسقاط الجنسية أو سحبها .

٢ - نصوص مقررة للحقوق والحريات العامة وضامنة لها . وهي تلك التي تعدّد الحقوق والحريات سواء الفردية منها أو الجماعية وبمختلف أنواعها (المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية) .

واختلف تناول الكتاب الدستوريين لهذه الحقوق والحريات من حيث الكيفية التي نظمها الدستور فقسم ذهب إلى تصنيفها إلى حقوق مطلقة وحقوق منظمة بالقانون وحقوق وحريات توجيهية (٣٠) . كما أن هذا الفريق ميز بين النصوص التقريرية

---

٣٠ - انظر د. علي الباز ، الحقوق والحريات والواجبات العامة في دساتير دول مجلس التعاون الخليجي مع المقارنة بالدستور المصري ، دار الجامعات المصرية ، د. ت . ص ١٦٨ - ١٧٤ ود. شيحا ، المصدر نفسه . ص ١٩٨ - ٢٠٠ .

والنصوص التوجيهية . فالأولى قابلة للتطبيق وذلك لتحديدها ويمكن للأفراد المطالبة بها من دون تدخل المشرع والثانية عبارة عن أهداف تسعى الدولة لتحقيقها وكفالتها ولكن دون الزام لها ولايمكن للأفراد المطالبة بها فوراً كالحق في التعليم والرعاية الصحية وتوفير فرص العمل .

وذهب فريق آخر (٣١) إلى تقسيم التنظيم الذي قامت به الدساتير في موضوع حقوق الانسان إلى ثلاث فئات :

- حريات غير قابلة للتنظيم التشريعي .
- حريات قابلة للتنظيم التشريعي بقيود دستورية مع إحالتها إلى المشرع العادي .
- حريات قابلة للتنظيم التشريعي دون قيود دستورية وذلك بإحالتها إلي المشرع العادي .

أما الفئة الأولى فهي الحريات غير القابلة للتنظيم التشريعي أو مايتعارف عليه عند البعض بمفهوم الحريات المطلقة . وهي الحقوق والحريات التي نظمها الدستور ذاته تنظيماً نهائياً يمتنع عندها على المشرع العادي أن يصدر بشأنها أي تنظيم . وتعرف هذه الحقوق عند إيرادها في النصوص الدستورية دون اقترانها بعبارة " في حدود القانون " أو " وفقاً للقانون " أو " طبقاً للقانون " . فإذا لم يقم الدستور

---

٣١ - د. وجدي ثابت غبريال ، حماية الحرية في مواجهة التشريع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٩ / ١٩٩٠ . ص ٢٧ - ٢٨ .

بإحالة هذه الحقوق والحريات إلى المشرع العادي فلا يجوز للمشرع حتي وإن استند إلى فكرة تمثيله للشعب أن يمسها. فالدستور فضل في الحقوق المنتسبة إلى هذه الفئة - نظراً لأهميتها البالغة واعتبارها ركيزة للحقوق الأخرى - أن لايدع موضوع تنظيمها للمشرع العادي وأن يتولى هو ذلك بشكل نهائي (٣٢). ومن أمثلتها ، حظر المصادرة العامة للأموال وتحريم تعذيب المتهم جسمانياً أومعنويا وحرية الاعتقاد . وإن قام المشرع العادي بتنظيم مثل هذه الحقوق دون إحالة له فإن ذلك يعتبر مخالفاً لنصوص الدستور وذلك لأن " إجازة تدخل المشرع دون إحالة يفقد النص الدستوري بالإحالة معناه " (٣٣) .

أما الفئة الثانية فهي الحقوق والحريات القابلة للتنظيم التشريعي بعد إحالة الدستور لها إلى المشرع العادي ولكن مع وضع ضوابط وقيود دستورية واضحة تكون قيداً على سلطة المشرع يتعين عليه مراعاتها عند تنظيمه لهذه الحريات . فهذه الحريات وإن لم يحسم الدستورتنظيمها نهائياً وأفسح المجال للمشرع للتدخل فيها إلاأنه آثرعدم تركها لسلطة المشرع التقديرية الكاملة فأرفقها بقيود وشروط محددة (٣٤) . ومن أمثلتها عدم نزع الملكية الخاصة لأحد إلا في الأحوال التي تستلزمها المنفعة العامة وفي مقابل تعويض عادل وفقاً لأحكام القانون . فتعتبر المنفعة العامة والتعويض قيدان دستوريان علي سلطة الادارة لايجوز لها مخالفتهما عند تنظيمها لنزع الملكية

٣٢ - د. غبريال ، المصدر نفسه . ص ٣٠ - ٣٢ .

٣٣- د. حسن علي ، المصدر نفسه . ص ٣١ .

٣٤- د . غبريال ، المصدر نفسه . ص ٣٥ - ٣٧ .

الخاصة .ويعد التشريع المتضمن تجاوزاً لقيود دستورية محددة تشريعاً معيباً لمخالفته الدستور .

أما الفئة الثالثة فهي الحقوق والحريات القابلة للتنظيم التشريعي والتي أحالها الدستور دون قيود صريحة إلى المشرع العادي ، فالمشرع هنا حصل على تفويض دستوري إزاء هذه الحريات ومن ثم لاضير في تنظيمه لها . وجل الحقوق والحريات يقع ضمن هذه الفئة . فالحرية أو الحق يقترن في النص الدستوري بعبارات تعرف بالنصوص المقيدة Limitation Clauses . وأبرز هذه العبارات " بوساطة القانون " أو " بنص القانون " أو " وفقاً للقانون " أو " بموجب القانون " . ومن أمثلتها حرية الرأي والتعبير والحقوق السياسية للأفراد وحرية تكوين الجمعيات وحق الحياة الخاصة وغير ذلك .

ولاتثور مشكلات بخصوص تنظيم الحقوق في الفئتين الأولى والثانية ولكن حقوق وحريات الفئة الثالثة لطالما تعرضت للتقييد والانتقاص بل والاهدار تحت ستار تنظيمها بالقانون أو أن للمشرع سلطة تقديرية إزاء هذه الحقوق والحريات فلذا يستخدم المشرع حقه الدستوري عند تنظيمه لها .

المبحث الثالث

علاقة التنظيم الدستوري

بالتشريعات الوطنية للحقوق و الحريات العامة

كما أوضحت القراءة المسبقة للمواثيق الدولية والاقليمية فإنها تجيز للقانون الوطني تنظيم هذه الحقوق والحريات . كذلك فإن إحالة الدستور تنظيم أغلب الحقوق والحريات العامة إلى المشرع العادي تجعل سلطة التشريعات الوطنية ذات أبعاد واسعة . لكن تطرح أمامنا أسئلة متعددة في هذا الخصوص : هل هذه السلطة مطلقة أم مقيدة ؟ ولماذا تنظيمها بقانون ؟ وهل تعني الاحالة الدستورية إطلاق يد المشرع ؟ ومامدى سلطة المشرع في تنظيمه لهذه الحقوق والحريات ؟ وما هي مبررات التقييد أو التنظيم ؟ وهل تستوي سلطات المشرع العادي في الظروف الطبيعية بسلطاته في الظروف الاستثنائية ؟

المطلب الأول

التنظيم الدستوري كقيد على حرية المشرع العادي

لقد أوضحنا مسبقاً أن المواثيق الدولية والاقليمية عندما تعاملت بواقعية مع مفهوم الحقوق والحريات العامة وأجازت تنظيمها فإنها لم تقبل ذلك إلا لضمان هذه الحقوق وعدم انتهاكها وحمايتها قانونياً . لذا أوجدت مبررات لابد من الاستناد إليها عند قيام السلطة التشريعية في الدولة بسن قانون ينظم حقاً من حقوق الانسان وهذه المبررات هي النظام العام والسلامة العامة وحماية الأمن القومي وحماية حقوق وحريات

الآخرين والصحة العامة والآداب العامة [٣٥] . فلا بد من مراعاة هذه المبررات في القانون الوطني .

وكما أشرت مسبقاً فإن الأصل أن هذه الحقوق والحريات ينظمها الدستور ويتصدى لضمانها وكفالتها ولكن لاعتبارات عملية تم إقرارها في صلب الدستور وإحالة موضوع تنظيمها إلى المشرع العادي . فتنظيم الحقوق والحريات القابلة للتنظيم التشريعي يجب أن يكون بقانون تصدره السلطة التشريعية ولايترك ذلك لأدوات أقل درجة كمرسوم بقانون تصدره السلطة التنفيذية أو لائحة تصدرها ادارات الدولة .

أما لماذا بقانون ؟ فذلك انطلاقاً من المبادىء المتعارف عليها تقليدياً من كون السلطة التشريعية تنفرد بصفة التمثيل للشعب والتعبير عن ارادته ومن ثم كانت هي الأولى والأجدر بتنظيم الحقوق والحريات العامة . ولايتصور عندها - في الوضع المثالي الفلسفي - أن تقوم السلطة الممثلة لهذا الشعب بإصدار قوانين تبيح التعدي على هذه الحقوق والحريات أو تتعارض مع الاقرار الدستوري لها .

من هنا فإن إصدار قوانين منظمة لحقوق الانسان يؤكد الدولة القانونية والتي هي أحد أهداف الدساتير المعاصرة . ففي هذه الدولة تخضع سلطاتها الثلاث للقانون . لكن يجب لفت الانتباه إلى نقطة مهمة وهي أن وجود الدولة القانونية بحد ذاته ليس ضمانة كافية للحقوق والحريات إذا لم تحدد مضامين القوانين التي تخضع لها

---

٣٥ - د. بدرية عبدالله العوضي ، النصوص المقيدة لحقوق الانسان الأساسية في العهد الدولي وفي دساتير دول مجلس التعاون الخليجي ، الكويت ، ١٩٨٥ . ص ١٨ .

أجهزة الدولة (٣٦) . أي بمعنى آخر قد توجد دولة قانونية تتبع قانوناً ينتهك الحريات الأساسية للأفراد ومن ثم فلم تضمن هذه الدولة حقوق الفرد مع كونها دولة قانونية .

من النقطة الفائتة ننطلق لمناقشة ماهي صلاحيات المشرع عند تنظيمه للحقوق والحريات العامة وما هي حدود سلطته الدستورية في مواجهة هذه الحقوق المحالة إليه . فالسلطة التشريعية وإن كان يفترض تمثيلها للشعب إلا أنه لايؤمن عليها فتنة الجور أو التجاوز في سلطاتها التشريعية .

وأول مايجب على المشرع ملاحظته عند استخدامه لسلطته الدستورية هي المبررات التي نصت عليها المواثيق الدولية والاقليمية كمحددات له عند تنظيمه للحقوق والحريات إن كانت دولته طرفاً فيها أو اعتبارها كموجهات عامة له يستعان بها . كذلك فإن إحالة تنظيم هذه الحقوق لاتعني إطلاق يده دون ضوابط بل لابد أن يراعى عند تنظيمه لها :

١ - ضوابط الدستور والكفالة الدستورية للحرية أو الحق في حدودها الموضوعية . فالقانون المنظم لحرية تكوين الجمعيات والنقابات يجب أن يراعي مبدأ الحرية في الانضمام أو عدم الانضمام فلا يجبر فرد بالالتحاق بجمعية أو نقابة بذاتها .

---

٣٦ - د. كشاكش ، المصدر نفسه . ص ٣٨١ .

٢ - أن لايصل تنظيم المشـرع للحق أو الحـرية إلي حـد الاهدار أو المصـادرة الكلية لها .

٣ - أن لايفرض قيوداً على الحق أو الحرية تؤدي إلى جعل ممارستهما أمراً شاقاً على الأفراد [(٣٧)] .

٤ - أن لا ينتقص من أصل الحق أو الحرية .

وثار خـلاف حـول هل سلطة المشـرع في تناوله للحـقـوق والحـريات تقـتـصـر على التنظيم أم تمتد للتقييد والانتقاص ؟ وهل سلطة المشرع هنا تقديرية أم مقيدة ؟ فيفرق البعض بين المصطلحات الثلاثة السابقة بحيث يقرر أن " الانتقاص ينال من أصل الحق ذاته أو الحرية ذاتها فيحول دون التمتع بها كاملة . بينما يقتصر التنظيم على وضع بعض الترتيبات الاجرائية الكافلة لتمتع الجميع بذات الحقوق والحريات . أما التقييد فمقتضاه فرض قيود إجرائية معينة تجعل استخدام الحق أو الحرية شاقاً مرهقاً على الناس " [(٣٨)] .

وينبني على هذه التفرقة أمران اثنان :

أ - أن المشـرع ليس له سلطة سوي سلطة التنظيم ولايمنع إلا ما هو ضار من التصرفات .

---

٣٧ - د. عبدالفتاح حسن ، مبادىء النظام الدستوري في الكويت ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٦٨ . ص ١٦٢ .

ب - أنه لايجب التوقف عند حد مطالبة المشرع بعدم اهدار الحق والحرية إهداراً تاماً كي يعد تشريعه سليماً . بل قد يقوم المشرع - كما هو الحال في دول كثيرة - بتقييد الحق أو الحرية تقييداً شديداً يحرم الأفراد من التمتع بها أو ينتقص من أصل الحق والحرية بحيث يمنع أحد وجوهها على الأفراد . لذا لابد من مطالبته بعدم التقييد أو الانتقاص لسلامة التشريع الصادر بشأن حقوق الانسان وحرياته [(٣٩)] .

إضافة إلى ذلك فلقد تباينت الآراء حول مدى سلطة المشرع هل هي تقديرية أم مقيدة .

فذهب فريق من الفقه ، وعلى رأسه د. عبدالحميد متولي ، إلى أن سلطة المشرع هي سلطة تقديرية ولكن لايرد عليها سوى قيد واحد عند تنظيمه لحرية أو حق معين وهو عدم اهدارها أو الغائها كلية . ويوضح رأيه بالقول :

" فالدستور حين يخول للمشرع حق " تنظيم " حرية من الحريات إنما يخول له الحق في أن " ينتقص " من هذه الحرية ، فإن من له حق " التنظيم " لإحدى الحريات كان له حق وضع " قيود " علي تلك الحرية ، والقيود تنطوي بداهة على " الانتقاص " من هذه الحرية ... الواقع أنه حين يقرر أحد الدساتير أو إحدى وثائق " إعلان الحقوق " مبدأ حرية من الحريات ، ثم يخول المشرع حق " تنظيم " هذه الحرية فإن المشرع ليس عليه - من الناحية القانونية - سوى قيد قانوني واحد هو عدم الغاء أو هدم تلك الحرية ..

---

٣٨ - د. غبريال ، المصدر نفسه . ص ١١٥ .

٣٩ - د. غبريال ، المصدر نفسه . ص ١٣٦ .

أما ماعدا ذلك من قيود فإنها قيود " سياسية " بحتة يرجع الأمر فيها للبرلمان وحده تحت رقابة الرأي العام وحده " (٤٠) .

ومن ثم يعد التشريع مخالفاً للدستور متي ماخرج على النص الدستوري وألغى أو أهدر الحرية التي هو بصدد تنظيمها . وهذا الرأي لايعتمد التفرقة التي ذكرناها مسبقاً بين التعبيرات الثلاثة " تقييد " ، " انتقاص " ، " تنظيم " .

وذهب فريق آخر يمثله الدكتور عبدالرزاق السنهوري إلى أن سلطة المشرع العادي تقديرية يمكن أن يسيء استخدامها فينحرف في استعمال وظيفته التشريعية . والانحراف بالسلطة عند هذا الفريق يكون في مجال الحريات القابلة للتنظيم التشريعي دون قيود دستورية صريحة . فكما يذكر الدكتور السنهوري :

" أما الحريات والحقوق العامة التي نص الدستور على تنظيمها بقانون فإن المشرع قد خوّل في شأنها سلطة تقديرية ليقوم بهذا التنظيم على ألا ينحرف عن الغرض الذي قصد إليه الدستور وهو كفالة هذه الحريات والحقوق العامة في حدودها الموضوعية . فإذا نقضها المشرع أو انتقص منها وهو في صدد تنظيمها كان تشريعه مشوباً بالانحراف ... والمعيار هنا موضوعي فلسنا في حاجة من أجل أن نثبت من أن هناك انحرافاً في استعمال السلطة إلى الكشف عن النوايا المستترة التي اقترنت بالتشريع في وقت اصداره ، بل يكفينا أن نتبين على وجه موضوعي محض أن الحق العام الذي ينظمه التشريع قد أصبح بعد هذا التنظيم منتقصاً من أطرافه بحيث لايحقق الغاية التي قصد إليها

---

٤٠ - د. عبدالحميد متولي ، الوسيط في القانون الدستوري ، دار الطالب لنشر الثقافة الجامعية ، اسكندرية ، ١٩٥٦ . ص ٦٦٧ .

الدستور " [٤١] .

فالتشريع المنظم للحرية أو الحق المتجاوز سلطته الدستورية وذلك بنقضه أو انتقاصه لها إنما يعد عند هذا الفريق باطلاً لالمخالفته للدستور فقط وإنما لانحراف المشرع عن سلطته التقديرية في تنظيم هذا الحق أو هذه الحرية .

أما د. محمد عصفور فلقد ذهب في دفاعه عن الحقوق والحريات العامة إلى حد اعتباره سلطة المشرع في تنظيمه للحقوق والحريات القابلة للتنظيم التشريعي سلطة مقيدة ونفى كونها سلطة تقديرية . فالسلطة التقديرية للمشرع في هذا المجال المهم تعد، بحسب رأيه ، النواة لهدم فكرة ضمانات الحقوق والحريات التي أرستها الدساتير [٤٢] ومن ثم فالمشرع المتجاوز نطاق سلطته الدستورية يكون مخالفاً للدستور في تشريعه .

وعند الترجيح بين هذه المذاهب الثلاثة فإنني أميل إلى رأى العميد السنهوري وذلك لأن الدستور قد ترك المجال في الفئة الثالثة للمشرع لتنظيم هذه الحريات وفق سلطته التقديرية وذلك بشرط عدم اهدارها أو الانتقاص منها أو تقييدها بقيود تجعل التمتع بها شاقاً .

---

٤١ - ذكره د. عبد الحميد متولي ، المصدر نفسه. ص ٦٥٤ .

٤٢ - ذكر رأيه د. غبريال ، المصدر نفسه . ص ١١٧ - ١١٨ .

المطلب الثاني

التنظيم الدستوري كقيد في ظل الأحوال الاستثنائية

يتضح مما سبق أن دور الدساتير في الأحوال العادية أنها قد تنظم حقوق وحريات معينة تنظيماً نهائياً أو تقرر الحق والحرية وإحالة تنظيمها إلى المشرع العادي لينظمها بضوابط دستورية محددة أو وفق سلطته التقديرية التي لاتتجاوز روح الدستور وأهدافه. لكن في الأوضاع الاستثنائية التي قد تمر بها الدول لايجدي مثل هذا الترتيب الاعتيادي في مواجهة تلك الظروف . مما يستلزم وضع بنيان قانوني خاص للتعامل مع هذه الظروف.

ولقد أجازت المواثيق والعهود الدولية والاقليمية للدول اعلان حالة الطوارىء أو الأحكام العرفية في بعض الظروف التي قد تهدد كيان الدولة ومن ثم يجوز لها في ظل هذه الحالة الاستثنائية تقييد بعض الحقوق والحريات العامة . فالمادة الرابعة من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية أجازت ذلك ولكن بشروط محددة وهي ممارسة هذه الإجازة :

- في الحالات التي تهدد كيان الأمة والتي قد تم الاعلان عنها رسمياً .

- أن يمارس تقييد الحقوق والحريات العامة في أضيق الحدود .

- أن لاتمس الترتيبات المتخذة طائفة من الحقوق أو الأعمال المحظورة بحيث يتم إجازتها بحجة حالة الطوارىء . ومن هذه الحقوق الحق في الحياة ، حظر التعذيب أو المعاملة غير الانسانية الحاطة بالكرامة ، حظر الرق

والاستعباد ، عدم إجازة رجعية العقوبات ، حرية الاعتقاد (٤٣) .

كذلك فالاتفاقية الأوربية لحقوق الانسان تقرر للدول الأطراف في وقت الحرب أو الطوارىء العامة التي تهدد حياة الأمة اتخاذ بعض التدابير التي تمس الحقوق والحريات العامة بشروط محددة . وحظرت مخالفة بعض الحقوق المشابهة للحقوق الواردة في العهد الدولي حتى في ظل هذه الحالة الاستثنائية . أما الاتفاقية الأمريكية لحقوق الانسان فمع إجازتها لتقييد الحقوق والحريات في حالة الطوارىء إلا أنها وسعت من نطاق الحقوق التي لايجوز تعليقها أو المساس بها فضمت إليها حق الجنسية وحق المشاركة في الحكم وحق الضمانات القضائية العادية . وخلا الميثاق الأفريقي لحقوق الانسان والشعوب ومشروع الميثاق العربي لحقوق الانسان من أية مواد منظمة لموضوع اعلان الأحكام العرفية .

لقد تجاوز المشرع العادي في العديد من الدول العربية في ظل الظروف العادية سلطته الدستورية فقيد أو انتقص من حريات وحقوق الأفراد وكان لإحالة تنظيم قانون الطوارىء والأحكام العرفية كاملة إلى المشرع العادي أثراً سيئاً وانعكاساً غير محمود على حقوق الانسان في الوطن العربي .

ففي ظل حالة الطوارىء يغدو للسلطة التنفيذية سلطة تشريعية وقد يتعدى ذلك إلى السلطة القضائية . فعبارات النصوص الدستورية المتعلقة

---

٤٣ - د. ابراهيم محمد العناني " المبادىء التي تحكم تنفيذ اتفاقيات حقوق الانسان في مصر " ، حقوق الانسان في مصر ، المنظمة المصرية لحقوق الانسان ، ١٩٩٠ . ص ١٦٨ - ١٧٠ ود.بدرية العوضي ، المصدر نفسه . ص ٥٣ - ٥٤ .

باعلان حالة الطوارىء فضفاضة والقانون المنظم لها يمنح السلطة التنفيذية سلطات واسعة تهدر مبدأ الفصل بين السلطات وسيادة القانون (٤٤) . فللرئيس سلطة اعتقال الأفراد إدارياً لمدة طويلة وله انشاء محاكم استثنائية لاتعتبر قضاء طبيعياً كمحاكم الثورة ومحاكم أمن الدولة العليا ومحاكم الأمن القومي، متعدية السلطة التنفيذية بذلك على اختصاص القضاء العادي وموسعة لسلطاتها على حساب المحاكم الجنائية العادية .

المبحث الرابع
موقف الدساتير العربية من تنظيم الحقوق و الحريات العامة

لقد أوضح تقرير Human Development Report الذي أصدرته إحدى المنظمات المتخصصة في الأمم المتحدة (برنامج الأمم المتحدة للتنمية UNDP) الحال الذي وصل إليه ضمان حقوق الإنسان في ثمان وثمانين قطراً في العالم . وقسم دول العالم إلى ثلاث مجموعات : الأولى تضم الدول عالية الحماية للحرية والثانية الدول متوسطة الحماية للحرية والثالثة الدول منخفضة الحماية للحرية . حازت دولتان عربيتان فقط على موضع قدم في دول المجموعة الثانية وسبع دول عربية أخرى كانت ضمن دول المجموعة الثالثة حيث احتلت اثنتان منهما المركز الأخير وقبل الأخير بجدارة .

---

٤٤ - أمير سالم ، " البناء القانوني الإستبدادي وحركة حقوق الانسان في مصر " ، حقوق الانسان في مصر ، المنظمة المصرية لحقوق الانسان ، ١٩٩٠ . ص ٤٥ .

ومع النقد الذي تم توجيهه للمؤشرات المستخدمة في هذا البحث إلا أنه يوضح إلى حد كبير المركز الذي يحتله الاهتمام بضمان حقوق وحريات الإنسان في سلسلة اهتمامات الدولة العربية المعاصرة (٤٥) .

أما في الاطار النظري القانوني الصرف فعند تناول دساتير الدول العربية لموضوع الحريات والحقوق يمكن ملاحظة أمور أساسية في أسلوب معالجتها لهذا الموضوع المهم :

١ - اهتدت أغلب هذه الدساتير بالحقوق والحريات والضمانات التي وردت في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية

٤٥- البحث باسم Human Freedom Index وتم نشره في مايو ١٩٩١ مستنداً إلي أربعين مؤشر في صيغة أسئلة تدور حول صلة الحكومات ودورها في حماية حقوق معينة للأفراد . وجهت لهذا البحث صيغ نقد متعددة أبرزها أنه كان منحازاً في معاييره للمقاييس والأسس الغربية الفردية مما ترتب عليه الانحياز إلى الدول الغربية الصناعية عند تصنيف الدول . كذلك فمؤشرات البحث مأخوذة إلى حد كبير من العهد الدولي لحقوق الانسان المدنية والسياسية أكثر من تلك المستمدة من العهد الدولي لحقوق الانسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية . فلذا نراه ينص علي حق السفر لخارج البلد بينما لم ينص على حق أساسي للأفراد وهو حق الرعاية الصحية . كانت مراكز الدول العربية التي شملها البحث كالتالي : تونس (٤٨) - مصر (٤٩) - الكويت (٦٠) - الجزائر (٦١) - المغرب (٦٧) - السعودية (٧٢) - سوريا (٧٥) - ليبيا (٨٧) - العراق (٨٨) . للمزيد من التفصيل انظر :

Lisa J . Bernt , " Measuring freedom ? the UNDP human freedom index " , Michigan Journal of International Law , Vol . 13 , Spring 1992 . PP . 720 - 738 .

والسياسية والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية . فاشتملت أغلبيتها على الحقوق والحريات المنصوص عليها في هذين العهدين والإعلان ، ونلاحظ ذلك حتى في دساتير الدول التي لم توقع أو تصدق على تلك الوثائق ابتداءً .

٢ - كان للنظام السياسي أو الايدلوجية السياسية المهيمنة في هذه الدول دور كبير في تحديد الحقوق والحريات العامة المتضمنة في الدستور وتوضيح الأولويات بين هذه الحريات . كما كان لها دور في خلو دساتير هذه الدول من بعض الحقوق والحريات أو تقييد تلك التي تعد متعارضة مع الأسس الايدلوجية للنخبة الحاكمة .

٣ - خصصت أغلب هذه الدساتير باباً مستقلاً عند تعرضها للحقوق والحريات العامة تحت عناوين مختلفة " حقوق ... وواجباتهم " ، " الحريات والحقوق والواجبات العامة " ، " الحقوق والواجبات العامة " ، " الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن " ، " الحقوق والواجبات الأساسية " ، " حقوق وواجبات المواطنين الأساسية " . وإن لم يمنع ذلك من ذكر حقوق وحريات أخرى في أبواب مختلفة من الدستور وعدم حصرها في هذا الباب .

٤ - إن إيراد هذه الدساتير للحقوق والحريات العامة في صلب موادها أضفى عليها سمواً على التشريعات العادية مما ألغى إمكانية قيام جدل حول قيمتها القانونية . كما أن وضعها ضمن قواعد قانونية دستورية أبعد عنها صفة عدم الإلزام أو كونها قواعد اخلاقية مجردة .

أما موقف الدساتير العربية في شأن الحقوق والحريات العامة في ظل الأحوال الاستثنائية فيمكن إيجازه في النقاط التالية :

- لم تتناول بالتنظيم حالة الطوارىء في باب مستقل بل تركت ذلك لمواد دستورية وردت ضمن باب الأحكام العامة أو الأحكام الانتقالية .

- لم يورد أي منها تحديداً لفترة حالة الطوارىء في صلبه وترك ذلك للقانون العادي .

- اشترط البعض منها موافقة السلطة التشريعية على فرض حالة الطوارىء أو تمديدها .

- خولت السلطة التنفيذية متمثلة بالملك أو رئيس الجمهورية سلطات مطلقة لمخالفة أحكام أي قانون معمول به .

- لم تنص على مبررات اعلان حالة الطوارىء وتركت ذلك للمشرع العادي .

- أجازت هذه الدساتير بطريق غير مباشر المساس بالحقوق الأساسية للأفراد بتعليقها أو مخالفتها . وذلك لعدم استبعادها الحقوق الأساسية غير القابلة للتنظيم التشريعي من ضمن اختصاصات السلطة التنفيذية في حالة الطوارىء .

وإذا انطلقنا من الجانب النظري الفقهي إلى الجانب العملي التطبيقي فإننا نلاحظ أن الكثير من الدول العربية تسيطر فيها السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية ،

هذا ما لم تقم الأولى بدمج الثانية فيها دمجاً فعلياً يخل بمبدأ الفصل بين السلطات . ونجم عن هذا أن النصوص الدستورية المقررة للحقوق والحريات قد أفرغت إلى حدٍ كبير من مضمونها عند إحالتها للمشرع مسألة تنظيم تلك الحقوق والحريات .

فهناك من الأنظمة التي صدقت أو وقعت على العهدين الدوليين بشأن حقوق الانسان المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية تمارس في قوانينها الوطنية مايتناقض مع توقيعها أو تصديقها، كاحتفاظها بقوانين تسري بأثر رجعي أو تعدادها لأفعال كثيرة تكون عقوبتها الاعدام مما يعد تعدياً على حق أساسي للانسان وهو حق الحياة (٤٦) أو اتخاذها للتعذيب وسيلة روتينية لاستخلاص الاعترافات بحيث أصبح يعرف في أدبيات منظمات حقوق الانسان بالتعذيب المنهجي .

وأصدرت دول أخرى قوانين تنظم حقوقاً وحريات دستورية أحيلت للمشرع العادي بطريقة تنتقص من أصل الحق إن لم تجعل ممارسته دون جدوى . فقانون ينظم حق الاجتماع العام والتجمع يشترط وجوب اخطار الادارة ويشترط حضور مندوب عنها ويخوّل الادارة سلطة فض الاجتماع أو منعه لأسباب مرنة متسعة التفسير لايمكن اعتباره قانوناً منظماً لهذا الحق بقدر ما هو تدخل وتقويض ومصادرة له (٤٧) .

---

٤٦ - عرفت بعض الدول مايعرف باسم (قوانين الردة السياسية) والتي يعدم بموجبها الحزبي الذي يغير انتماءه إلى أحزاب أخرى غير الحزب الحاكم . وللقوانين السارية بأثر رجعي انظر القانون السوري رقم ٢٩ لعام ١٩٨٠ . ولقد بلغ عدد الأفعال التي تفضي إلى عقوبة الإعدام في بلد عربي إلى ٢٩ فعلاً .

٤٧ - انظر في هذا الصدد المرسوم بقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٧٣ في دولة البحرين والقانون الكويتي رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ والقانون المصري رقم ١٤ لسنة ١٩٢٣ .

بل إن دستوراً عربياً لم يتوان في تقييد حريات أساسية واستبعادها في بعض الأحوال من الأفراد . فالدستور - بحسب القاعدة العامة - يقرر هذه الحريات ويحميها أما الشكوى من التعدي عليها بالانتقاص والتقييد فهي غالباً ما تأتي من القوانين العادية . ولكن الحال في ظل هذا الدستور العربي أنه بذاته قيّد هذه الحريات وحرم فئة من الأفراد منها ، إذ ينص في المادة (٧٣) :

" يحدد القانون شروط إسقاط الحقوق والحريات الأساسية لكل من يستعملها قصد المساس بالدستور أو بالمصالح الرئيسية للمجموعة الوطنية أو بوحدة الشعب والتراب الوطني أو بالأمن الداخلي والخارجي للدولة أو بالثورة الاشتراكية " .

كما أن إعلان حالة الطوارىء أو الأحكام العرفية في العديد من الدول العربية ولمدد طويلة يقلق أولئك المدافعين عن حريات وحقوق الانسان العامة . فلقد أضحت هذه الحالة دستوراً ثانياً في بعض الدول . فكما تذكر د. بدرية العوضي فإن :

" الخطر الحقيقي لاعلان حالة الطوارىء العامة يكون ذلك الناتج عن التخوف غير الحقيقي لوجودها أو استمرارها لفترة تزيد عن تواجد الخطر الحقيقي بغرض حماية الأنظمة الحاكمة من المعارضة الشعبية أو عندما يحاول النظام الجديد فرض سيطرته على مقدرات الدولة وبدون موافقة أو رضاء المواطنين " (٤٨) .

---

٤٨ - د. بدرية العوضي ، المصدر نفسه . ص ٤٢ .

خاتمة

في القرون الماضية وبجهد بشري وشعبي شارك فيه المواطن المسحوق مع المفكر المستنير تم وضع أسس وركائز حقوق الانسان والدفاع عنها حتى أصبح انسان القرن العشرين متمتعاً بهذه الحقوق عارفاً لها ولحدودها . ومن ثم لم تعد هناك مشكلة أو أزمة في تعداد هذه الحقوق والحريات العامة وتصنيفها في ظل النظام القانوني الدولي أو الوطني . ولم يعد هناك حاجة إلى تذكير الناس بأهمية هذه الحريات باعتبارها جزء من كيانهم البشري منحهم الله إياها قبل أن يتم تدوينها في مواثيق دولية أو دساتير قطرية . لكن المشكلة أو الأزمة تكمن في مجال ضمانها وكفالتها .

فالدساتير الوطنية قررت هذه الحقوق والحريات العامة بفئاتها الثلاث في نصوصها ولكن ماأعطي بيد تم سحبه بيد أخرى . فالحقوق والحريات المقررة للفرد بشكل دستوري قام المشرع العادي بسحبها عند تنظيمه لها بموجب الإجازة الدستورية سواء في الظروف العادية أو في الظروف الاستثنائية .

من هنا كان الدور الملقى على عاتق البشرية اليوم هو ضمان هذه ، الحقوق والحريات ووضع أسس تمنع إجهاضها أو انتقاصها .ويكون ذلك على مراتب عدة فبداية لابد وأن يكون لكل قطر نظام وطني لحماية حقوق الإنسان يتكون من ضمانات دستورية ونصوص تشريعية وحماية قضائية وحماية إدارية وتعليم لحقوق الانسان في النظام المدرسي والجامعي وتوزيع للمعلومات التي تعرّف الشعب بحقوق الانسان (٤٩) .

٤٩- انظر Ramcharan ، المصدر نفسه . ص ٥٠٣ .

وميزة هذا النظام أنه لن يقصر موضوع حقوق الإنسان على الجوانب القانونية البحتة بل يمتد إلى النشىء والتوعية الاجتماعية للأفراد ، فالرأي العام الواعي ضمانة كبيرة لهذه الحقوق .

من ثم لابد من تضافر الجهود الاقليمية العربية لتقرير حماية وضمانة لهذه الحقوق مسترشدة بذلك بالمواثيق والعهود الدولية ونصوص الشريعة الاسلامية . وأن يتم تطبيق ذلك عن طريق ميثاق عربي لحقوق الانسان وآلية مراقبة لهذا الميثاق وأجهزة كفيلة بتحقيقه .

ختاماً فإن ضمان حقوق الانسان الأساسية أمر حتمي لايجاد مناخ سياسي صحي وتقدم اقتصادي لابد منه في وطننا العربي . فكما لاحظ البعض فإن أكثر دول العالم احتراماً لحقوق مواطنيها هي أكثرها تقدماً على المستوى الصناعي والاقتصادي والتقني. كما أن أكثر دول العالم انتهاكاً لحقوق وحريات أبنائها هي أكثرها تخلفاً وأقلها نمواً (٥٠) .وإن سأل أحدهم : هل الشعب جدير بهذه الحريات ؟ نجيب مع كثير سبقونا من قبل : وهل هناك فرد جدير بأن يكون مستبداً ؟ (٥١) .

---

٥٠ - د. عبدالخالق عبدالله ،" حقوق الانسان في دستور الامارات " ، شؤون اجتماعية ، السنة الرابعة ، العدد ١٦ ، ١٩٨٨ .ص ١٥ .

٥١ - د. علي الدين هلال ، " الديمقراطية وهموم الانسان العربي المعاصر " ، الديمقراطية وحقوق الانسان في الوطن العربي ، مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت ، ١٩٨٣ . ص ٢١ .

المراجـع العربية

١ - د. إبراهيم عبد العزيز شيحا ، المبادىء الدستورية العامة ، الدار الجامعية، بيروت ، ١٩٨٢ .

٢ - د. إبراهيم محمد العناني ، " المباديء التي تحكم تنفيذ اتفاقيات حقوق الإنسان في مصر " ، حقوق الإنسان في مصر ، المنظمة المصرية لحقوق الإنسان ص ١٦٣ - ١٧١ .

٣ - أمير سالم ، " البناء القانوني الاستبدادي وحركة حقوق الإنسان في مصر" حقوق الإنسان في مصر ، المنظمة المصرية لحقوق الإنسان ، ١٩٩٠ . ص ٤١-٥٩ .

٤ - د. بدرية عبد الله العوضي ، النصوص المقيدة لحقوق الإنسان الأساسية في العهد الدولي وفي دساتير دول مجلس التعاون الخليجي ، الكويت ، ١٩٨٥ .

٥ - د. حسن السيد نافعة ، " الجامعة العربية وحقوق الإنسان " ، شؤون عربية ، العدد ١٣ ، مارس ١٩٨٢ . ص ٤٨٦ - ٥٠٦ .

٦ - د. حسن علي ، حقوق الإنسان ، وكالة المطبوعات ، الكويت ، ١٩٨٢ .

٧ - حسين جميل ، حقوق الإنسان في الوطن العربي ، مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت ، ١٩٨٦ .

٨ - د. حميد فياض ، " القانون الدستوري في الوطن العربي " ، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وأحوال الوطن العربي ، المنظمة العربية لحقوق الإنسان ، ١٩٨٩ . ص ٦١ - ٧٩ .

٩ - ظريف عبد الله ، " حماية حقوق الإنسان وآلياتها الدولية والاقليمية " ، النظام الدولي وحقوق الإنسان في الوطن العربي ، المنظمة العربية لحقوق الإنسان ، ١٩٩٠ . ص ١١٧ - ١٣٦.

١٠ - د. عبد الحميد متولي ، الوسيط في القانون الدستوري ، دار الطالب لنشر الثقافة الجامعية ، اسكندرية ، ١٩٥٦ .

١١ -د. عبد الخالق عبدالله ، " حقوق الإنسان في دستور الإمارات " ، شؤون احتماعية ، السنة الرابعة ، العدد ١٦ ، ١٩٨٨ .

١٢ - د. عبد العزيز محمد سرحان ، مقدمة لدراسة ضمانات حقوق الإنسان ، د. ن. ، ١٩٨٨ .

١٣ - د. عبد الفتاح حسن ، مبادىء النظام الدستوري في الكويت ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٦٨.

١٤ - د. علي الباز ، الحقوق والحريات والواجبات العامة في دساتير دول مجلس التعاون الخليجي مع المقارنة بالدستور المصري ، دار الجامعات المصرية ، د.ت .

١٥ - د. علي الدين هلال ، " الديمقراطية وهموم الإنسان العربي المعاصر " . الديمقراطية وحقوق الإنسان في الوطن العربي ، مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت ، ١٩٨٣. ص ٧ - ٢١ .

١٦ - د. كريم يوسف أحمد كشاكش ، الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٧ .

١٧ - محسن عوض ، " مستقبل حقوق الإنسان في الوطن العربي " ، المستقبل العربي ، السنة ١٤ ، العدد ١٥١ ، سبتمبر ١٩٩١ . ص ٥٠ - ٦٠ .

١٨ - د. محمد سعيد مجذوب ، الحريات العامة وحقوق الإنسان ، جروس برس ، طرابلس ، د. ت .

١٩ - د. محمود شريف بسيوني (وآخرون)، حقوق الإنسان :الوثائق العالمية والاقليمية ، المجلد الأول ، دار العلم للملايين ، بيرورت ، ١٩٨٨ .

٢٠ - د. محمد عصفور ، " ميثاق حقوق الإنسان العربي ضرورة قومية ومصيرية "، الديمقراطية وحقوق الإنسان في الوطن العربي ، مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت ، ١٩٨٣. ص ٢١٥ - ٢٤٥ .

٢١- د. نفيس صالح المدانات ، " قيمة الاعتراف الدستوري بحقوق الإنسان " في حقوق الإنسان (المجلد الثالث) اعداد د. محمود شريف بسيوني وآخرون ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٨٩ .

٢٢ - د. وحيد رأفت ، " القانون الدولي وحقوق الإنسان " ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد ٢٣ ، ١٩٧٧ . ص ١٣ -٦٦ .

٢٣ - د. وجدي ثابت غبريال ، حماية الحرية في مواجهة التشريع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٩ - ١٩٩٠ .

المراجع الأجنبية

1 - Abraham, Henry J. Freedom and the Court , Oxford University Press, Fourth edition, 1982.

2 - Bernt, Lisa J. " Measuring freedom ? The UNDP human freedom index " , Michigan Journal of International Law , Vol. 13. spring 1992. pp. 720 - 738 .

3 - Dicey, A.V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution , Liberty Classics , Indianapolis , 1982 .

4 - Doolan, Brian. Constitutional Law and Constitutional Rights in Ireland, Gill and Macmillan, Second edition,1988.

5 - Ganji, Mnouchehr. International Protection of Human Rights , Librairie E. Droz, Geneve , 1962 .

6 - Lord Scarman. Human Rights - Can they be protected without a written constitution ? , University college of Swansea . 1986.

7- Ramcharan, B.G. " The Universal Declaration of Human Rights and its place in the contemprorary world " , Hamline Law Review , Vol. 13, Summer 1990 . pp. 497 - 506 .

8 - Street, Harry. Freedom, The Individual and the Law, Penguin books , London , Fifth edition , 1987 .

9 - Valery, Paul . " Constitutions and Bills of Rights in Third World Nations : Issues of form and content ", Adelaide Law Review , Vol. 12, July 1989 . pp. 1-22.

10-Wade, E.C.S. & A.W. Bradly . Constitutional and Administrative Law , Longman, London, Tenth edition , 1986 .

موقف الدول العربية من العهود والاتفاقيات الدولية لغاية ١ مارس ١٩٩٠

	١	٢	٣	٤	٥	٦	٧	٨	٩	١٠	١١	١٢	١٣	١٤	١٥	١٦	١٧	١٨	١٩	٢٠	٢١	٢٢	٢٣	٢٤
الجزائر	x	a	x		b	x	x	x		s					c			x	x	x		x	x	x
البحرين																								
اليمن الديمقراطي	x	x			x	s	s	x	x		x	٧		x				x						
جيبوتي																			x	x			x	x
مصر	x	x			x	x	s	x		x	x	x			x	x	x	x	x	x			x	x
العراق	x	x			x	x	x	x			x					x	x	x	x	x				
الأردن	x	x			x	s	x	x			s							x	x	x				
الكويت					x	x												x	x	x				
لبنان	x	x			x		s	x		s		x				x								
ليبيا	x	x	x		x	x	x	x	x		x	x	x		x			x	x	x	x	x		
موريتانيا					x	x	x			s		x				x	x	x	x	x			x	x
المغرب	x	x			x		s	x		s		x			s	x	x	x	x	x			x	x
عمان						s																		
قطر					x	x	x																	
السعودية																		x	x					
الصومال	x	x	x		x	x	s								x								x	x
السودان	x	x			x	x	s								s	x		x	x				x	x
سوريا	x	x			x	x	x	x							x	x	x	x	x	x				
تونس	x	x			x	x	x	x	x	s	x	x	x	x	c			x	x			x	x	x
الإمارات					x	x																		
اليمن					x	x		x												x			x	x

١ - العهد الدولي بشأن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية .
٢ - العهد الدولي بشأن الحقوق المدنية والسياسية
٣ - البروتوكول الاختياري الملحق بالعهد الدولي بشأن الحقوق المدنية والسياسية .
٤ - البروتوكول الاختياري الثاني الملحق بالعهد الدولي بشأن الحقوق المدنية والسياسية الهادف لإزالة عقوبة الإعدام .
٥ - الاتفاقية الدولية الخاصة بالقضاء على التمييز العنصري بكافة أشكاله .
٦ - الاتفاقية الدولية الخاصة بمكافحة جريمة " الابار تهيد " (الفصل العنصري)
٧ - الاتفاقية الدولية ضد الفصل العنصري في الرياضة
٨ - اتفاقية منع جريمة ابادة الجنس البشري والمعاقبة عليها .
٩ - اتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية .
١٠- اتفاقية حقوق الطفل
١١- اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة
١٢- اتفاقية الحقوق السياسية للمرأة
١٣- الاتفاقية الخاصة بجنسية المرأة المتزوجة .
١٤- الاتفاقية الخاصة بالرضا في الزواج والحد الأدنى لحق الزواج وتسجيل عقود الزواج .
١٥- اتفاقية ضد التعذيب والمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللانسانية أو العاطة بالكرامة .
١٦ - الاتفاقية الخاصة بالرق لعام ١٩٢٦ .
١٧ - برتوكول ١٩٥٣ المعدل لاتفاقية ١٩٢٦ .
١٨ - الاتفاقية الخاصة بالرقيق لعام ١٩٢٦ معدلة .
١٩ - الاتفاقية التكميلية الخاصة بإزالة الرق وتجارة الرقيق والمؤسسات والممارسات المشابهة للرق .
٢٠ - الاتفاقية الخاصةبحظر الاتجار بالأشخاص واستغلال الدعارة.
٢١ - الاتفاقية الخاصة بخفض حالات انعدام الجنسية
٢٢ - الاتفاقية الخاصة بوضع الأشخاص عديمي الجنسية
٢٣ - الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين .
٢٤ - البروتوكول الخاص بوضع اللاجئين .

x - تصديق . انضمام . قبول
S - توقيع لم يتبعه تصديق

a - إعلان يعترف بأهلية لجنة حقوق الإنسان في ظل المادة (٤١) من العهد الدولي بشأن الحقوق المدنية والسياسية
b - إعلان يعترف بأهلية اللجنة الخاصة بإزالة التمييز العنصري في ظل الاتفاقية الدولية الخاصة بالقضاء على التمييز العنصري بكافة أشكاله
C - إعلانات تعترف بأهلية اللجنة ضد التعذيب في ظل المادتين ٢١ و ٢٢ من الاتفاقية ضد التعذيب والمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللانسانية أو العاطة بالكرامة .

التعليقات على الأحكام القضائية

{ هذا الجزء من المجلة غير محكم }

العدد الثامن في جماد الثاني ١٤١٥ هـ - الموافق نوفمبر ١٩٩٤م

مدى خضوع التأمين التجاري لأحكام عقد التأمين
في قانون المعاملات المدنية
تعليق على أحكام محكمة تمييز دبي وأحكام المحكمة الاتحادية العليا
في شأن القانون الواجب التطبيق على التأمين التجاري

الأستاذ الدكتور مصطفى الجمال
عميد كلية الشريعة والقانون

١ - بجلسة ٧ / ٤ / ١٩٩١م أصدرت محكمة تمييز دبي في الطعن رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩٠ / حقوق حكمها المنشور بمجلة القضاء والتشريع ، العدد الثاني / يناير ١٩٩٣م (ص ٢٨٠ ومابعدها) .

تتلخص وقائع الطعن الذي صدر فيه الحكم - على مايبين من الحكم ذاته - في أن المؤمن له الطاعن أقام دعوى بطلب الحكم بالزام شركة التأمين المطعون ضدها بأن تدفع له قيمة التعويض المستحق عن غرق اللنش المؤمن عليه لديها . دفعت الشركة المطعون ضدها بعدم سماع الدعوى لوجود شرط التحكيم بوثيقة التأمين . قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى . استأنف الطاعن فحكمت محكمة الاستئناف بتعديل الحكم المستأنف إلى الحكم بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى .

طعن الطاعن في هذا الحكم بالتمييز لأسباب يهمنا منها الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب . وفي بيان هذا السبب قال الطاعن إن قانون المعاملات المدنية هو القانون الأم الذي يتعين الرجوع إليه عند خلو القوانين الأخرى من نص ، ومن ثم يتعين إعمال المادة ١٠٢٨ منه التي تقضي بعدم تطبيق الشرط الذي يرد في وثيقة التأمين بصورة غير ظاهرة . وإذ رفض الحكم المطعون فيه إعمال هذه المادة بمقولة أن

قانون المعاملات المدنية لا يسري إلا على المعاملات المدنية حالة أنه أورد أحكاماً خاصة لعقد التأمين ، وأن عقد التأمين البحري محل التداعي يعد تجاريا بالنسبة لطرفيه حاله أنه لا يعد كذلك بالنسبة للمؤمن له ، فإن الحكم يكون معيباً بما يستوجب نقضـــه .

رفضت المحكمة الطعن قولا بأن عقد التأمين الذي ورد به شرط التحكيم هو عقد تجاري بالنسبة لكل من طرفيه ، وأن نطاق تطبيق المادة ١٠٢٨ من قانون المعاملات المدنية يقتصر على المعاملات المدنية ، إعملاً لحكم المادة الأولى من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ بإصدار قانون المعاملات المدنية بعد تعديلها بالمادة الأولى من القانون رقم ١ لسنة ١٩٨٧م .

٢ - وبجلسة ١٩٩٤/٢/٢٩م أصدرت المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم ٢٧٨ لسنة ١٥ ق حكماً غير منشـور .

تتلخص وقائع الطعن الذي صدر فيه هذا الحكم - على مايبين من الحكم ذاته - في أن المؤمن له المطعون ضده أقام دعوى ضد شركة التأمين الطاعنة ابتغاء إحالة الدعوى إلى التحكيم وتسجيل الاتفاق وتحديد جلسة لسماع الدعوى وإيداع قرار المحكمين لدى المحكمة لاصدار حكم بالزام الطاعنة بقيمة الأضرار التي أصابته من جراء حريق العين المؤمن عليها . دفعت الشركة الطاعنة بعدم قبول الدعوى لتأسيسها على شرط تحكيمي باطل . قضت المحكمة برد الدفع وإقرار صحة إقامة الدعوى استناداً إلى شرط التحكيم الوارد بالوثيقة .

تم تحديد نقاط النزاع في الدعوى وقررت المحكمة التصريح بالاطلاع والتعقيب عليها ، كما قررت - اعمالاً لشرط التحكيم - تكليف المدعي باتباع إجراءات التحكيم المنصوص عليها بالبند ١٨ من وثيقة التأمين والاتفاق على محكم فرد وفي حالة الاتفاق عليه يكلف كل من الطرفين بترشيح محكم من جانبه لمباشرة المهمة .

إستأنفت شركة التأمين هذا القضاء، وحكمت محكمة الاستئناف بعدم جواز الاستئناف.

طعنت شركة التأمين بالنقض ، وقضت المحكمة الاتحادية العليا ، بنقض الحكم والاحالة إلى محكمة الاستئناف ، وحكمت محكمة الإحالة بعدم جواز الاستئناف .

طعنت شركة التأمين على هذا القضاء الأخير أمام المحكمة الاتحادية العليا ، وحكمت دائرة النقض المدنية في الطعن بنقض الحكم المطعون فيه وبقبول الاستئناف شكلاً وإعادة الدعوى إلى محكمة الاستئناف لتقول كلمتها في الموضوع . وحكمت محكمة الإحالة بقبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع برفضه وتأييد الحكم المستأنف وأمرت بإعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة للحكم في موضوعها .

لم ترتض شركة التأمين هذا القضاء ، فطعنت عليه بالنقض لأسباب يهمنا منها الخطأ في تفسير وتطبيق أحكام المادتين ١٠٢٨ و ١٠٣١ من قانون المعاملات المدنية وكذلك القانون الاتحادي رقم ١ لسنة ١٩٨٧ . ذلك أن صحة الشرط التحكيمي وبطلانه يخضعان لحكم القاعدة العامة التي قررتها المادة ١٠٢٨ المشار إليها ، وأن القانون رقم ١ لسنة ١٩٨٧ لم يستثن التأمين - كما ذهبت إليه محكمة الاستئناف خطأ - من تلك القاعدة العامة . رفضت المحكمة الطعن بحيثيات نسجتها على ذات المنوال الذي عرضته محكمة تمييز دبي في حكمها سالف الذكر .

٣ - وبجلسة ١٩٩٢/١١/٧م أصدرت محكمت تمييز دبي في الطعن رقم ١٤٩ لسنة ١٩٩٢ / حقوق حكماً غير منشور .

وتتلخص وقائع الطعن الصادر فيه هذا الحكم - مستقاة من الحكم ذاته - في أن الشركة المطعون ضدها الأولى (مؤمن لها) أقامت على الشركتين الطاعنة (مؤمن) والمطعون ضدها الثانية (ناقل جوي) دعوى بطلب الحكم بالزامهما بالتكافل والتضامن بأن تدفعا إليها مبلغ ٣٣٨٥٨٠ درهماً والفوائد . وبياناً لذلك

قالت إنها أمنت لدى الشركة الطاعنة على أربعة صناديق معبأة بالمنسوجات ثم كلفت الشركة المطعون ضدها الثانية بنقلها على إحدى طائراتها إلى هونج كونج وإذ ادعت الأخيرة فقد البضاعة المشحونة فقد أقامت عليها وعلى الشركة المؤمنة الدعوى بطلباتها السابقة . قضت المحكمة للشركة المطعون ضدها الأولى بطلباتها .

استأنفت الشركة المطعون ضدها الثانية هذا الحكم كما استأنفته الشركة الطاعنة. وبعد ضم الاستئنافين حكمت المحكمة بتعديل الحكم المستأنف إلى الزام الطاعنة والمطعون ضدها الثانية بأن تدفعا إلى المطعون ضدها الأولى مبلغ ٣٨٠٠ دولار أمريكي والفوائد ، وبالزام الطاعنة بأن تدفع إلى المطعون ضدها الأولى مبلغ ٣٢٤٥٩٦ درهماً والفوائد .

طعنت الطاعنة في هذا الحكم بطريق التمييز لأسباب يهمنا منها الخطأ في تطبيق القانون ، إذ أقام الحكم المطعون فيه قضاءه بالزامها بدفع القيمة الحقيقية للبضاعة المؤمن عليها على أساس بطلان الشرط الوارد في وثيقة التأمين - والذي مفاده عدم استحقاق تلك القيمة إلا إذا سجلت المطعون ضدها الأولى هذه القيمة في وثيقة الشحن - وذلك بمقولة أنها قصدت من هذا الشرط إعفاءها من المسئولية أو الحد منها ، في حين أنها لم تقصد ذلك بل قصدت به أن تتمكن من الرجوع على المطعون ضدها الثانية - الناقل الجوي - بهذه القيمة عند تحقق الخطر المؤمن منه ، وأن تتجنب ما قد تدفع به من تحديد مسئوليتها بالقيمة الحكمية ، وأنه قد ترتب على عدم قيام المطعون ضدها الأولى بتنفيذ هذا الشرط أن تمسكت المطعون ضدها الثانية بتحديد مسئوليتها عن التعويض .

قبلت المحكمة هذا السبب قولاً بأن التأمين - محل النزاع - موضوعه ضمان الأخطار المتعلقة بالنقل الجوي . وهو في خصوصية هذه الدعوى عمل تجاري بالنسبة لطرفيه . ومن ثم فلا محل للرجوع في شأن الشرط المقترن بالعقد الذي تضمنه - والذي دار النزاع حوله - إلى أحكام قانون المعاملات المدنية أو أحكام القانون التجاري

البحري . وإذ لم يرد في شأن هذا النوع من التأمين قانون خاص ينظم أحكامه فإنه يتعين الرجوع في شأن المسألة المختلف عليها - وهي مدى صحة أو بطلان الشرط المقترن به - إلى أحكام الشريعة الإسلامية الواردة في الشروط المقترنة بالعقد عامة ، والتي تقضي - وفقاً لأنسب الحلول من مذهب الامام مالك - أن الأصل في هذه الشروط الصحة والاستثناء فسادها . والشرط الصحيح عنده هو مايقتضيه العقد أو مالا يناقض مقتضى العقد . ويدخل فيه الشرط الذي يلائم العقد والشرط الذي جرى به التعامل والشرط الذي فيه منفعة معقولة لأحد المتعاقدين ولو لم يكن العقد يقتضيه أو يلائمه مادام الشرط نفسه لا يناقض مقتضى العقد . ولما كان من المقرر - وفقاً لأحكام معاهدة وارسو الدولية لتوحيد بعض قواعـد النقل الجـوي والتي أصبحت تشريعاً داخليا في إمارة دبي بانضمام دولة الامارات العربية المتحدة إليها بموجب المرسوم الاتحادي رقم ١٣ لسنة ١٩٨٦ - أن مناط تقدير التعويض الناشيء عن مسئولية الناقل الجوي عن الأمتعة المسجلة والبضائع المنقولة بطريق الجو على أساس القيمة الفعلية لها هو أن يوضح المرسل للناقل لدى تسليمه الرسالة نوع البضاعة وقيمتها الحقيقية ويؤدي الرسوم الاضافية المقررة - سواء بذكر هذا الايضاح في وثيقة الشحن أو غيرها - وكان من الأصول المقررة - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - إنه إذا تحقق الخطر المؤمن منه بخطأ الغير وحل المؤمن محل المؤمن له في الرجوع على هذا الغير فإنه يجوز لهذا الغير المسئول عن الضرر أن يحتج في مواجهة المؤمن بما قد يكون له من دفوع قبل المؤمن له طالما كان سبب هذه الدفوع سابقاً على هذا الحلول . ومن ثم فإن الشرط الذي يثبته المؤمن في وثيقة التأمين التي يكون موضوعها ضمان الأخطار المتعلقة بالنقل الجوي والذي يقضي بعدم استحقاق مبلغ التأمين كاملاً إذا كان هذا المبلغ يمثل القيمة الحقيقة للبضاعة المنقولة إلا إذا أثبت المؤمن له هذه القيمة في وثيقة الشحن الجوي - هذا الشرط يكون صحيحاً لأنه لا يناقض مقتضى عقد التأمين الجوي وفيه منفعة معقولة للمؤمن تتمثل في أن هذا

الشرط يجنبه دفع الناقل الجوي - عند الرجوع عليه - بتحديد مسئوليته عن التعويض عن البضاعة المنقوله .

٤ - ومن الواضح أن هذا القضاء - بأحكامه الثلاثـة - يعرض للقانون الواجب التطبيق على عقد التأمين التجاري في فروضه المختلفة : التأمين البحري والتأمين البري والتأمين الجوي . ولكنه يصل فيها جميعاً إلى حكم واحد هو استبعاد الولاية الاحتياطية لقانون المعاملات المدنية في شأن المعاملات التجارية ومنها عقد التأمين ، ثم إعمال الشروط المنصوص عليها في وثيقة التأمين ، مكتفياً بما لهذه الشروط من قوة ذاتية دون البحث عن القانون الواجب التطبيق عليها تارة ، وبعد محاولة للبحث عن هذا القانون وإسناد صحة شروط الوثيقة في الحالة المطروحة إليـه تارة أخـرى . فهل من سند قانوني حقيقي لاستبعاد الولاية الاحتياطية لقانون المعاملات المدنية على المعاملات التجارية بصفة عامة وعلى عقد التأمين التجاري بصفة خاصة ، خلافاً للمبادىء العامة المستقرة في هذا الشأن ؟ . وإذا لم يكن هناك مثل هذا السند فما هو مناط إعمال ولاية قانون المعاملات المدنية في شأن المعاملات التجارية بصفة عامة ، وعقد التأمين التجاري بصفة خاصة ؟ .

(١)

الولاية الاحتياطية لقانون المعاملات المدنية في شأن المعاملات التجارية

أ - استبعاد ولاية قانون المعاملات المدنية : المبرر والنتائج .

٥ - كانت المادة الأولى من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ بإصدار قانون المعاملات

المدنية تقتصر على فقرة وحيدة تقضي بأنه " يعمل بالقانون المرافق في شأن المعاملات المدنية . وقد كان هذا النص واضح الدلالة على بقاء المعاملات غير المدنية وأخصها المعاملات التجارية ، خاضعة للقوانين السارية بشأنها دون مساس بها من قانون المعاملات المدنية الذي بدأ العمل به . لكن بقاء المعاملات التجارية خاضعة للقوانين السائدة بشأنها على هذا النحو لم يكن ليحـول دون تطبيق قانـون المعاملات المدنية عليها كلما خلت هذه القوانين من حكم يقتضيه الفصل في المنازعات الداخلة في إطارهذه المعاملات ، باعتباره الشريعة العامة أو الأم في مجال القانون الخاص ، على نحو ماتقضي به الأصول المستقرة في هذا الشأن .

ثم صدر القانون رقم ١ لسنة ١٩٨٧ مضيفاً بالمادة الأولى منه فقرة ثانية إلى نص المادة الأولى من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ ، تقرر صراحة ما كان مفهوما من نص الفقرة الأولى بقولها " أما المعاملات التجارية فيستمر العمل بالقوانين والنظم القائمة بشأنها إلى أن يصدر قانون التجارة الاتحادي " . وإذ كان من المنطقي ألا يقدم المشرع على هذه الإضافة إلا لحكمة يبتغيها ، تتجاوز مجرد التصريح بحكم مقرر من قبل دون خلاف عليه ، فقد اعتقد القضاء الأعلى - ممثلاً في محكمة تمييز دبي والمحكمة الاتحادية العليا - أن المقصود من هذه الإضافة هو استبعاد تطبيق القواعد الموضوعية في قانون المعاملات المدنية على المعاملات التجارية حتى في الحالات التي تخلو فيها القوانين السائدة بشأنها من حكم للنزاع المطروح . وعلى هذا النحو لم يعد قانون المعاملات المدنية - في تقدير هذا القضاء - الشريعة العامة في مجال القانون الخاص ، أو القانون صاحب الولاية الاحتياطية في شأن المعاملات التجارية .

ومن هذا المنطلق فقد ذهبت كل من محكمة تمييز دبي في حكمها الصادر بجلسة ١٩٩١/٤/٧ والمحكمة الاتحادية العليا في حكمها الصادر بجلسة ١٩٩٤/٢/٢٩م ، إلى القول بأنه : " لئن كان قانون المعاملات المدنية هو القانون العام الذي ينبغي الرجوع إليه لتحديـد طبيعة العلاقـة في النزاع المطروح وإدخالهـا فـي طائفة مـن طوائف

النظم القانونية ، إلا أنه متى تم هذا التحديد فإنه يتعين إعمال القانون الواجب التطبيق . . . " . ثم استطرد الحكم الأول من ذلك مباشرة إلى القول بأنه " ولما كان عقد التأمين يعد عقدا تجارياً بالنسبة للمؤمن ويعد كذلك بالنسبة للمؤمن له إذا كان تاجراً وهو من يحترف القيام بالأعمال التجارية ومنها عمليات النقل البحري وكانت سفينة التداعي مخصصة وكما يبين من وثيقة التأمين للقيام بأعمال النقل التجاري البحري ومن ثم يكون عقد التأمين عليها تجارياً بالنسبة لمالكها وبالتالي فلا محل للتحدي بإعمال المادة ١٠٢٨ من قانون المعاملات المدنية التي تبطل كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر في عقود التأمين . . . لما كان ذلك وكان قانون العقود لسنة ١٩٧١ الصادر في إمارة دبي الواجب التطبيق على المعاملات التجارية قد خلا من نص يبطل الشروط المطبوعة التي لم تبرز بشكل ظاهر في عقود التأمين ، ومن ثم يتعين إعمال كافة ماتتضمنه وثيقة التأمين من شروط ومنها شرط التحكيم أيا كانت الطريقة التي دون بها . . . " . كذلك استطرد الحكم الثاني قائلاً إنه " ولما كان عقد التأمين يعد عملاً تجاريا بالنسبة للمؤمن ويعد كذلك بالنسبة للمؤمن له إذا كان تاجراً يحترف الأعمال التجارية ومنها بيع المفروشات في محل تجاري كما هو حال المطعون ضده ومن ثم يكون عقد التأمين تجارياً بالنسبة لطرفي التداعي وبالتالي فلا محل للتحدي بإعمال المادة ١٠٢٨ من قانون المعاملات المدنية . . . ومن ثم يتعين إعمال كافة ماتضمنته وثيقة التأمين من شروط ومنها شرط التحكيم أياكانت الطريقة التي دون بها هذا الشرط . . . " .

وقد عادت محكمة تمييز دبي في حكمها الصادر بجلسة ١٩٩٢/١١/٧ إلى تناول المشكلة مرة أخرى من جهة القواعد الواجب تطبيقها في حالة خلو القوانين السائدة من نص تشريعي يحكم النزاع المطروح ، فانتهت إلى وجوب إعمال أحكام الشريعة الاسلامية وفقا لأنسب الحلول من مذهب الامام مالك متخذة منها ضابطاً لتقدير مدى صحة شروط عقد نقل البضاعة المؤمن عليها . وهذا مايتضمن تعديلاً

لقضائها السابق في الحكم الصادر منها بجلسة ١٩٩١/٤/٧ ، الذي قررت فيه إعمال شرط التحكيم الوارد في عقد التأمين - أيا ما كانت الطريقة التي دون بها - بمجرد التأكد من عدم وجود نص خاص يقيد صحة هذا الشرط في قانون العقود الدبوي.

٦ - ولعله لايخفى مايمكن أن يرد على المقدمات التي ينطلق منها هذا القضاء في مجمله من تحفظات ، وما تتضمنه النتائج التي وصل إليها من اضطراب .

إن منطوق نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ بإصدار قانون المعاملات المدنية لا يفيد من قريب أو بعيد استبعاد تطبيق قانون المعاملات المدنية على المعاملات التجارية عند خلو القوانين السائدة بشأنها من حكم للنزاع المطروح ، وإنما يقتصر كما قدمنا على التصريح بحكم سبق أن قررته الفقرة الأولى من هذه المادة ، هو بقاء القوانين المعمول بها قبل وضع قانون المعاملات المدنية قائمة لحكم المعاملات التجارية . وليس من حق المفسر ، فقيهاً كان أوقاضياً ، أن يصرف النص إلى معنى يخالف الأصول العامة المستقرة دون دليل . ولا يكفي دليلا في هذا الصدد أن يكون واضع النص قد قصد هذا المعنى المخالف ، طالما كان واضع النص قد أخفق في تضمين النص المعنى الذي يكون قد قصد إليه ، على نحو أو آخر لما هو مسلم في أصول التفسير من أن النص التشريعي ينفصل عن فكر واضعه ، بمجرد الانتهاء من تشريعه ، ليعيش حياته المستقلة في إطار النظام القانوني الذي ينتمي إليه ، ولما هو مستقر في أصول القانون التجاري من أن استقلال المعاملات التجارية بقانون خاص بها لا ينفي حقيقة أن القانون المدني هو الشريعة العامة أو الأم في مجال القانون الخاص ، الذي يرجع إلى أحكامه لتكملة أحكام المعاملات التجارية طالما كانت هذه الأحكام لا تصادم المبادىء الأساسية التي تقوم عليها هذه المعاملات .

حقاً إن حكم محكمة تمييز دبي في جلسة ١٩٩١/٤/٧ وحكم المحكمة الاتحادية العليا في جلسة ١٩٩٤/٢/٢٩ ، لاينكران على قانون المعاملات المدنية مركز

القانون العام أو القانون الأم في مجال المعاملات التجارية . لكنهما يعطيان لهذا المركز بعداً محدوداً ليس هو على التحقيق بعده الحقيقي المتعارف عليه . إنهما يقران لقانون المعاملات المدنية بمجرد تكييف العلاقة محل النزاع أو على حد تعبير كل من المحكمتين بمجرد تحديد طبيعة العلاقة في النزاع المطروح وإدخالها في طائفة من طوائف النظم القانونية ثم يُنحيانه بعد ذلك عن حكم هذه العلاقة كلما ثبتت لها الصفة التجارية. والملفت للنظر في ذلك أن وظيفة التكييف في شأن المنازعات المطروحة ليست على التحقيق وظيفة قانون المعاملات المدنية باعتباره القانون العام أو الأم وإنما هي وظيفة القانون الخاص وهو القانون التجاري . فالقانون المدني لا يتضمن تعريفاً أو بياناً للأعمال التجارية ، وإنما الذي يتضمن هذا التعريف أو البيان هو القانون التجاري ذاته ، فكيف إذن يتعين أو يمكن الرجوع إلى قانون المعاملات المدنية لتحديد الطبيعة المدنية أو التجارية للعلاقة محل النزاع المطروح لادخالها في طائفة العلاقات الخاضعة لقانون المعاملات المدنية أو لطائفة العلاقات الخاضعة للقوانين السائدة في شأن المعاملات التجارية ؟

٧ - إن الاضطراب المترتب على إقصاء قانون المعاملات المدنية عن مجال المعاملات التجارية يبدو واضحاً جلياً من حيرة القضاء الأعلى في اختيار بديل لهذا القانون يمكن الاعتماد عليه في سد النقص في التشريع السائد في شأن المعاملات التجارية . فمحكمة تمييز دبي في حكمها الصادر بجلسة ١٩٩١/٤/٧م والمحكمة الاتحادية العليا في حكمها الصادر بجلسة ١٩٩٤/٤/٢٩م تلجآن مباشرة إلى تطبيق شروط العقد على ماهي عليه ، دون أن تجدا حاجة للبحث عن مصدر موضوعي آخر من بين المصادر الاحتياطية المسلمة للقانون التجاري لتقرير مدى مشروعيتها . لكن محكمة تمييز دبي تعود فتعدل من موقفها في الحكم الصادر منها بجلسة ١٩٩٢/١١/٧، وتلجأ إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ممثلة في أنسب الحلول من مذهب الإمام

مالك ، مقدمة إياها على شروط العقد ومتخذة منها أساساً لتقييم شرعية هذه الشروط .

ورغم ماقد يوحي به الظاهر ، فالموقف الأخير لمحكمة تمييز دبي يبدو لنا أكثر اضطراباً وأكثر بعداً عن المنطق . ذلك أن المحكمة في قضائها الأخير قد اعتمدت الشريعة الإسلامية مصدراً احتياطياً لحكم المعاملات التجارية ، يلي التشريع السائد في شأنها ، بصياغة مستمدة من نص المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية ذاته ، على الرغم من إصرارها على استبعاد تطبيق هذا القانون على النزاع المطروح عليها ، إذ الشريعة الإسلامية في مفهوم المحكمة هي أنسب الحلول من مذهب الإمام مالك ، وهو ذات المفهوم الذي اعتمدته المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية في شأن ترتيب الشريعة الإسلامية بين المصادر الاحتياطية لقانون المعاملات المدنية وفي شأن تحديد المقصود بالشريعة الإسلامية في هذا المقام .

ثم إن المحكمة - في حكمها الأخير أيضاً - قد حصرت مقطع النزاع قسراً في بحث مدى مشروعية الشروط المقترنه بعقد النقل البحري الوارد على البضاعة المؤمن عليها ، وفقاً لأنسب الحلول من مذهب الإمام مالك ، حاجبةً نفسها عن التصدي للفصل في مشروعية عقد التأمين ذاته في ظل إيجابها الرجوع إلى الشريعة الإسلامية بهذا المفهوم . حجبت المحكمة نفسها عن التصدي لمشكلة المشروعية ، على الرغم من إثارة الخصوم لها ، بل ومن كونها من النظام العام . وقد كان عليها والأمر كذلك ، أن تقول كلمتها فيها وفقاً لأنسب الحلول من مذهب الإمام مالك ، باعتبارها القانون الواجب التطبيق - في تقديرها - على النزاع المطروح . حقاً إن الفقه المذهبي لم يعرض لمشروعية عقد التأمين الذي جاء ظهوره لاحقاً لاكتمال فقه المذاهب . لكن الفقه الإسلامي المعاصر يناقش المسألة الآن منطلقاً من موقف المذاهب - ومن بينها المذهب المالكي - من قضايا الربا والغرر والمقامرة وغيرها ، ويصل أغلبه إلى القطع بتحريم التأمين التجاري الذي تجريه شركات التأمين بقصد الحصول على الربح ، خلافاً

للتأمين الذي تجريه الجمعيات التعاونية خدمة لأعضائها . ولئن صح هذا التحريم وفقاً للمفاهيم المسلمه في المذهب المالكي بالفعل ، لكان عقد التأمين محل النزاع المطروح باطلاً لمخالفته حكماً يعد من النظام العام في الشريعة الواجبة التطبيق ، إذ النظام العام بمفهوم الشريعة الإسلامية إنما ينصرف إلى كل حكم قطعي الثبوت قطعي الدلالة .

ب - بقاء ولاية قانون المعاملات المدنيــة :

٨ - إنه إذا كان الفصل القاطع بين نطاق تطبيق قانون المعاملات المدنية ونطاق تطبيق القوانين السائدة في شأن المعاملات التجارية يستند إلى تصور أن المشرع قد قصد الوصول إلى هذه النتيجة من وراء وضعه الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ بإصدار قانون المعاملات المدنية ، فإن الاقتناع الكامل بعدم شرعية هذا الفصل لايتحقق إلا بإثبات أن المشرع قد استهدف من تشريع هذه الفقرة غرضاً آخر غير الغرض المقول به . وفي تقديرنا أن السياق التاريخي لحركة التشريع في الدولة ، وموقع قانون المعاملات المدنية منها ، كفيل بالكشف عن هذا الغرض . فقبل صدور قانون المعاملات المدنية كانت كل إمارة تستقل بنظمها ، وكانت المعاملات بشقيها المدني والتجاري تخضع لأحكام موحدة هي أحكام المذهب السائد في كل إمارة من بين مذاهب الفقه الإسلامي ، إضافة إلى التشريعات المتفرقة الصادرة في بعض الإمارات ، كقانون العقود لسنة ١٩٧١ في إمارة دبي مثلاً . وهذه وتلك لم تكن تميز بوضوح بين المعاملات المدنية والمعاملات التجارية . لكنها في الوقت نفسه لم تكن تحول دون إعمال الأعراف والعادات المعهودة في المعاملات التجارية طالما كانت لاتتصادم مع الأحكام القطعية في الشريعة الإسلامية . وإذ صدر قانون المعاملات المدنية على هذا النحو كقانون اتحادي يعلو على النظم المتعددة في الامارات والتي لا تميز بوضوح بين المعاملات المدنية والمعاملات التجارية ، فقد كان من

الطبيعي أن يفهم كثير من القائمين على تطبيبقه ، أنه بديل كامل للنظم القائمة ، وأن المقصود بالمعاملات المدنية فيه معنى واسع يغطي كل علاقات القانون الخاص ، بحيث لا يخرج من مجال تطبيقه سوى علاقات القانون العام .

لكن سرعان ماتبين أن لهذا الفهم خطورته على الحياة التجارية الناشطة في بعض الامارات . فكثير من قواعد قانون المعاملات المدنية تتصادم مع الأعراف والعادات المتبعة في المعاملات التجارية فيها . ولا سبيل إلى تغليب هذه الأعراف والعادات عليها بالرجوع إلى نص المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية ، التي تعدد مصادر القانون وتجعل العرف من بينها ، إذ العرف فيها مجرد مصدر احتياطي من الدرجة الثانية ، يأتي بعد التشريع وبعد الشريعة الإسلامية ممثلة في مذاهب الفقه الإسلامي. وهذا مايعني تقديم القواعد التشريعية على الأعراف والعادات التجارية ، حتى وإن كانت هذه القواعد مجرد قواعد مكملة يجوز للأفراد الاتفاق على مايخالفها كما يعني تقديم الحلول التي صاغتها مذاهب الفقه الإسلامي عليها ، حتى وإن كانت هذه الحلول قد استمدت من أعراف الناس وعاداتهم إبان صياغتها ، وكانت هذه الأعراف والعادات قد صارت من بعد إلى أعراف وعادات مغايرة تماماً . لذلك فقد وجد المشرع حاجة ماسة إلى سن قانون خاص بالمعاملات التجارية ، يقدم القواعد التشريعية التي تلائم هذه المعاملات ، ويرتب مصادر القانون في شأنها وفقاً لما تقتضيه طبيعة النشاط التجاري من حركة وتجديد دائمين . وانتظاراً لإعداد مثل هذا القانون وما يتطلبه إعداده من زمن قد يطول ، فقد وجد المشرع من الضروري التدخل لإعادة الأمور إلى نصابها بتقرير بقاء المعاملات التجارية خاضعة للقوانين السائدة في شأنها ، على نحو صريح لا يحتمل التأويل .

وعلى هذا النحو يتضح لنا أن الهدف الذي تغياه المشرع من التعديل الذي أجراه على نص المادة الأولى من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ بإصدار قانون المعاملات المدنية كان مجرد التصدي لتيار يرى في قانون المعاملات المدنية بديلاً للقوانين المحلية

السائدة في الامارات المختلفة ، في شأن معاملات القانون الخاص برمتها ، دون تمييز بين المدني منها بالمعنى الضيق الذي قصد إليه المشرع وبين التجاري ، ولم يكن من مقاصده استبعاد ولاية قانون المعاملات المدنية على المعاملات التجارية ، بحسبانه المصدر الاحتياطي الأخير للقواعد الضابطة لهذه المعاملات .

٩ - وقد جاء قانون المعاملات التجارية الصادر بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣ مؤكداً لهذا التحليل السابق ، بل ومقررا له بنص صريح لا لبس فيه ولا غموض . فقد نصت المادة الثانية من هذا القانون على أنه " يسري على التجار وعلى الأعمال التجارية ما اتفق عليه المتعاقدان مالم يتعارض اتفاقهما مع نص تجاري آمر ، فإذا لم يوجد اتفاق خاص سرت قواعد العرف التجاري فيما لم يرد به نص في هذا القانون ، أو في غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية ، ويقدم العرف الخاص أو المحلي على العرف العام فإذا لم يوجد عرف تجاري وجب تطبيق الأحكام الخاصة بالمسائل المدنية فيما لا يتعارض مع المبادىء العامة للنشاط التجاري ... " .

وترجع أهمية هذا النص فيما نحن بصدده إلى أمريـن :

الأول هو أن النص قد قرر صراحة الرجوع إلى الأحكام المتعلقة بالمعاملات المدنية فيما لايوجد بشأنه نص أو عرف تجاري ، على نحو تأكد معه أن قانون المعاملات المدنية هو الشريعة العامة في شأن علاقات القانون الخاص والمصدر الاحتياطي الأخير لقانون المعاملات التجارية .

الثاني هو أن هذا النص قد وضع العرف التجاري في مكانه الصحيح من مصادر القانون التجاري ، مباشرة بعد نصوص هذا القانون ، على نحو يتقدم معه كأصل عام على نصوص قانون المعاملات المدنية ، وعلى المصادر الاحتياطية لهذا القانون الأخير ومن بينها العرف المدني ، فأزال بذلك الخشية من أن يؤدي تطبيق

قانون المعاملات المدنية على المعاملات التجارية - بحسبانه الشريعة العامة - إلى الإضرار بالمعاملات التجارية ·

(٢)

مناط ولاية قانون المعاملات المدنية في شأن المعاملات التجارية

أ - استنباط الضوابط العامة للمناط:

١٠ - درج الفقه بعد تقريره لولاية القانون المدني في شأن المعاملات التجارية ، على تحديد مناط هذه الولاية من خلال تصورات نظرية مجردة ، لا تستند إلى استقراء شامل أو كاف لأهداف القواعد المدنية وموقع كل منها من النظام القانوني الكلي · وفي هذا الصدد يتفق الفقه على تقديم النص التجاري الآمر على النصوص المدنية ، وتقديم النص التجاري المكمل على مثيله المدني، كما يتفق على تقديم العرف التجاري على النص المدني المكمل · لكنه يختلف بعد ذلك على تقديم أي من العرف التجاري أو النص المدني الآمر على الأخر · فالغالبية تقدم العرف التجاري انطلاقاً من مبدأ استقلال القانون التجاري بحكم العلاقات التجارية ، وضماناً لفعالية العرف التجاري في أداء الوظيفة التي أناطها به المشرع التجاري · والبعض الآخر يقدم النص المدني الآمر حفاظاً على النظام العام الذي تجسده القواعد الآمرة أيا ماكان موضعها من فروع النظام القانون الكلي·

ومن الواضح أن لكل من الاتجاهين منطقه الفلسفي · لكن أيا منهما يفتقر إلى مسح مسبق لأهداف ومقاصد القواعد المدنية الآمرة ، وموقع كل منها على حدة من معطيات النظام القانون الكلي · وبديهي أن مثل هذا المسح يتجاوز الإطار المنطقي

لهذا التعليق ·لكن من الضروري مع ذلك أن نقدم في هذا الشأن من الملاحظات ماتعن الحاجة إليه للإمساك بمناط ولاية قانون المعاملات المدنية على عقد التأمين التجاري ·

١١ - وأول هذه الملاحظات هي أنه رغم تعدد فروع النظام القانوني الكلي ، فلاشك في وحدة المشرع ووحدة المجتمع الذي يشرع له ، وحدة لا تنفي تعدد واختلاف الظواهر التي تستدعي التشريع ، وتباعدها أحياناً ، وتراكبها في معظم الأحيان · ولذلك فلا يمكن التسليم مقدما بأي من الاتجاهين السابقين على اطلاقه ، وإنما الأمر مرده إلى إرادة المشرع في كل حالة على حدتها ، ومدى شمول النطاق الذي توضع له القاعدة الآمرة ، وموقع المعاملة التجارية المطروحة من مقاصد هذه القاعدة · والأصل بطبيعة الحال هو إطلاق النص المدني الآمر ، بحيث يقدم على ماقد يكون هناك من عرف تجاري ، ما لم يتبين غير ذلك من النص التشريعي ذاته ، أو من مقاصده ·

فقانون المعاملات المدنية مثلا يوجب في المادة ٢٠٠ منه أن يكون محل العقد مالاً متقوما · ولحم الخنزير ليس متقوما بالنسبة للمسلم ، ولكنه متقوم بالنسبة لغير المسلم · وعلى هذا النحو فإذا تعارف الناس على التعامل في لحم الخنزير ، فإن النص المذكور يكون مقدما إذا تعلق التعامل بمسلم - طرفا أو استهدافا - وما تعارف الناس عليه يكون هو المقدم على هذا النص - على الرغم من صفته الآمرة - إذا لم يكن المسلم طرفا فيه أو مستهدفا به · وبالمثل فالتعامل في المخدرات محرم أصلا ، ولكنه يجوز استثناء للأغراض الطبية · ولذلك فإذا تعارف الناس على التعامل فيها فإن قاعدة التحريم تكون مقدمة على العرف ، مالم يكن التعامل لأغراض طبية·

وقانون المعاملات المدنية يضع في المادتين ٢٤٨ و ٢٤٩ منه قواعد آمرة لمواجهة ظاهرتي الإذعان في العقود ، والظروف الطارئة بعد إبرامها · وهاتان الظاهرتان تتوافران أكثر ماتتوافران في المعاملات التجارية · ومن غير المتصور القول بتقديم

عرف تجاري مخالف لنص هاتين المادتين على الأحكام التي قررتاها ، كلما تعلق الأمر بمعاملة تجارية . لكن من المتصورأن تعرض فروض لا تتوافر بشأنها مقاصد المشرع من هذه النصوص ، في مجال المعاملات التجارية ، ويتوافر بصددها في الوقت نفسه عرف مخالف ، فيقدم هذا العرف على النصوص المذكورة على الرغم من صفتها الآمرة . من ذلك مثلاً ما قضت به محكمة النقض المصرية في ١٩٦٦/٢/١٥ (مجموعة المكتب الفني ، س ١٧ ، ص ٢٨٧ ، بند ٣) من أنه " إذا كان الحكم قد أقام قضاءه برفض إعمال نظرية الحوادث الطارئة على أن عقود بيع القطن الآجلة " الكنتراتات " تقوم بطبيعتها على فكرة المخاطرة والمضاربة على المستقبل وأنه لذلك يتعين على المتعاقد أن يتوقع فيها جميع الاحتمالات والحوادث الطارئة التي قد تؤثر في التزامه سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة فإنه لا يكون قد خالف صحيح القانون ... " .

١٢ - وثاني هذه الملاحظات - المتعلقة بمناط ولاية قانون المعاملات المدنية على المعاملات التجارية - هي أن القانون المدني كثيراً ما لا يقتصر في مختلف الدول على النظم الخاصة بالمعاملات المدنية ، وإنما يضم بجانبها نظما أخرى تدخل في إطار نظم المعاملات التجارية ، أو تتمتع بكيان مستقل خاص بها يميزها عن كل من القانون المدني والقانون التجاري على حد سواء . ومثال الحالة الأولى أن يتضمن القانون المدني تنظيماً لبعض أنواع الشركات ، كشركة التضامن مثلاً ، في الوقت الذي يتضمن فيه القانون التجاري نصوصاً تضفي عليها الصفة التجارية . ومثال الحالة الثانية أن يتضمن القانون المدني القواعد المتعلقة بتنازع القوانين ، على الرغم من انتمائها إلى فرع مستقل من فروع النظام القانوني الكلي هو فرع القانون الدولي الخاص .

ويكاد يكون بديهياً أن ولاية مثل هذه النظم التي يستضيفها القانون المدني ،

أو يحتضنها ، على المعاملات التجارية ، إنما تكون ولاية أصلية ، وليست مجرد ولاية احتياطية كما هو الحال في بقية نظم القانون المدني ، إذ أنها تكون موضوعة أصلاً لحكم المعاملات التجارية ، أو لحكم المعاملات التجارية والمدنية على السواء ، وأن تسكينها في القانون المدني كان لظرف أو آخر صادفته حركة التشريع في المجتمع .

وبديهي كذلك أن مثل هذه الأنظمة المشار إليها كثيراً ماتتضمن قواعد آمرة من النظام العام . وإذ كان لهذه النظم ولاية أصلية على المعاملات التجارية ، فإن القواعد الآمرة فيها تكون دائما وأبداً مقدمة على ماقد يكون هناك من أعراف تجارية مخالفة لها ، على نحو لايتصور معه وجود فروض يتقدم فيها العرف على هذه القواعد . ومرجع ذلك بالطبع أن القاعدة الآمرة في هذه الحالة إما أن تكون قاعدة تجارية بحقيقتها الموضوعية الكاملة ، فتأخذ منزله النص التجاري الآمر ، وإما أن تكون قاعدة موحدة لا يختلف بشأنها القانون التجاري والقانون المدني ، فتأخذ المنزلة ذاتها عند تطبيقها على المعاملات التجارية .

وأخيراً فإن المصادر الاحتياطية لهذه النظم تكون هي قانون المعاملات التجارية ، بمصادره المنصوص عليها في المادة الثانية منه ، في حالة ماإذا كان النظام المسكن في القانون المدني نظاماً تجاريا بطبيعته ، وتكون هي قانون المعاملات التجارية وقانون المعاملات المدنية معاً في حالة ما إذا كان النظام المسكن في القانون المدني نظاماً موحداً ومستقلاً ، في الحدود التي لا تتعارض فيها أحكامهما ، المستمدة من مصادرهما ، مع الوحدة والتناسق اللازمين لهذا النظام .

١٣ - وثالث هذه الملاحظات - المتعلقة بمناط ولايـة قانون المعاملات المدنيـة علـى المعاملات التجارية - هي أن الولاية الأصلية للأنظمة التجارية أو للأنظمة الموحدة ، المسكنه في القانون المدني ، ليست دائما ولاية انفراد ، وإنما يمكن أن تكون

ولاية اشتراك أو اقتسام · ويتحقق هذا الفرض الأخير كلما وجد إلى جانب النظام التجاري أو الموحد ، المسكن في القانون المدني ، نظام آخر اختص به المشرع قطاعاً خاصاً من قطاعات المعاملات التجارية الداخلة أصلا في مجال تطبيق النظام التجاري أو الموحد ، الذي احتضنه القانون المدني ، استجابة لبعض الخصائص المميزة للمعاملات التجارية في هذا القطاع · وهذا مانراه مثلا في وجود قواعد موضوعية دولية بديلة لقواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص ، التي يستضيفها القانون المدني ، في مجال الأوراق التجارية·

وبديهي أن اقتسام الولاية الأصلية على هذا النحو بين النظم المسكنه في القانون المدني وبين النظم الموازية لها ، الموجودة خارج هذا القانون ، يستتبع استقلال النظم الموازية بمصادرها الخاصة بها · ومن ثم فإنه يكون من المتصور أن يحتوي النظام الموازي قواعد تشريعية أو عرفية تخالف النصوص الآمرة في النظام المسكن في القانون المدني · وليس في ذلك تناقض مع ماقلناه آنفاً من عدم امكان الاعتراف بعرف تجاري يخالف قاعدة آمرة في النظام التجاري أو الموحد الذي سكن في القانون المدني ، إذ الفرض في حالة النظام الموازي التي نعرض لها في هذا المكان ، أن القاعدتين المتعارضتين توجدان في نظامين متميزين ، بينما الفرض في الحالة التي عرضنا لها من قبل أن القاعدتين المتعارضتين توجدان في نظام واحد هو النظام التجاري أو الموحد الذي وطنه المشرع في القانون المدني ·

ب - تطبيق الضوابط المستنبطة على نظام التأمين:

١٤ - إن الملاحظات العامة السابقة كافية في تقديرنا لاثبات ولاية التنظيم الذي وضعه قانون المعاملات المدنية لعقد التأمين على كافة عقود التأمين ولاية أصلية ، سواء كانت هذه العقود مدنية بالنسبة لأحد طرفها ، تجارية بالنسبة للآخر ، أو كانت

تجارية بالنسبة لكل من طرفيها . ذلك أن نظام التأمين من تلك الأنظمة الموحدة التي تتمتع بكيان ذاتي يحفظ لها استقلالها عن كل من القانون المدني والقانون التجاري . ثم إن المشرع الإماراتي قد أضفى الصفة التجارية على عقد التأمين ، بمقتضى المادة ٩/٥ من قانون المعاملات التجارية الصادر بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣ ، حتى وإن كان أحد طرفيه غير تاجر ، مما يحول التنظيم الوارد له في القانون المدني إلى نظام تجاري بحت.

لقد كان عقد التأمين وفقاً للمعايير السائدة قبل صدور القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣ بإصدار قانون المعاملات التجارية عقدا تجاريا بالنسبة للمؤمن . أما بالنسبة للمؤمن له فلم يكن يعد كذلك إلا إذا كان تاجراً وكان قد أبرمه لحاجات تجارته . وقد أصاب القضاء الأعلى إذ أعتبر عقد التأمين عملا تجاريا بالنسبة لكل من طرفيه في الصور التي واجهتها أحكامه السابقة . لكن صفة العقد الذي يجريه الطرفان أمر ، وصفة التنظيم الذي يخضع له هذا العقد أمر آخر . فالتنظيم الذي وضعه المشرع لعقود التأمين وضمنه قانون المعاملات المدنية لم يكن على التحقيق وإبان وضعه تنظيما مدنيا ، وإنما كان تنظيما موحدا يستقل بكيان موضوعي خاص به ، لا ينتمي إلى قانون المعاملات المدنية وحده - على الرغم من تسكينه فيه - ولا ينتمي إلى القوانين السائدة في شأن المعاملات التجارية وحدها . كل ماهنالك أن المشرع قد وجد الحاجة ماسة لهذا التنظيم ووجد الفرصة سانحة أمامه لوضعه بمناسبة إعداد قانون المعاملات المدنية ، فقام بإدراجه ضمن التنظيمات التي خصصها لمختلف العقود المسماة بإعتبار عقد التأمين واحداً منها . وبعبارة أكثر وضوحاً فهذا التنظيم إن هو إلا تنظيم موحد للعلاقة بين أي مؤمن وأي مؤمن له ، بصرف النظر عن صفتهما ، وسواء كانت هذه العلاقة علاقة تجارية بالنسبة لكل من طرفيها أو كانت تجارية بالنسبة لأحدهما مدنية بالنسبة للآخر ، على نحو يجعل له الولاية على عقد التأمين في جميع الأحوال ، حتى ولو كان عملاً تجارياً بالنسبة لكل من طرفيه على حد سواء .

يؤكد هذه الحقيقة أن التأمين على مانعلم على نوعين . نوع تجريه جمعيات تعاونية مدنية للأعضاء المنتمين إليها ، مستهدفة من ذلك مجرد تقديم خدمة التأمين لهم لا تحصيل الربح . جمعيات ليس لها على هذا النحو من الصفة التجارية شيء. ويعرف هذا النوع من التأمين بالتأمين التعاوني نسبة إلى قيامه على التعاون بين أصحاب المصلحة فيه ، كما يعرف بالتأمين التبادلي نسبة إلى تبادل أصحاب المصلحة فيه " دور المؤمن ودور المؤمن له " . وهو يتم لصالح كل عضو من أعضاء الجمعية نظير قبوله المساهمة في تغطية الأخطار التي تقع لأي من أعضاء الجمعية ، مساهمة تعرف بالاشتراك . والنظام الذي يضعه المشرع لهذا النوع من التأمين لا يمكن إلا أن يكون نطاقا مدنياً خالصاً ، أيا كان مكان تسكينه، وسواء كان هو قانون المعاملات المدنية أو قانون المعاملات التجارية أو قانون خاص مستقل . والنوع الآخر هو التأمين الذي تجريه شركات التأمين لحساب عملائها من طالبي التأمين من التجار وغير التجار، نظير مقابل ثابت يحدده العقد المبرم بين الطرفين ، يعرف بقسط التأمين . وهذا النوع الأخير من التأمين يكون دائما وأبداً عملاً من الأعمال التجارية بالنسبة للمؤمن وهو شركة التأمين . وهو يعرف بالتأمين بقسط ثابت نسبة إلى ثبات مقابل التأمين ، كما يعرف بالتأمين التجاري نسبة إلى صفة المؤمن الذي يجريه .

والواضح من تتبع أحكام عقد التأمين التي يضمها قانون المعاملات المدنية ، أن هذه الأحكام تخص هذا النوع الأخير من التأمين - وهو التأمين بقسط ثابت أو التأمين التجاري - وحده ، ولاعلاقة لها بالنوع الأول ذي الصفة المدنية الخالصة ، مما يؤكد استقلالها من الناحية الموضوعية ، ومن ثم ولايتها على كافة عقود التأمين ، حتى وإن ثبتت الصفة التجارية للمؤمن له فيها كما هي ثانية بالنسبة للمؤمن .

١٥ - وفي تقديرنا أن ولاية الأحكام المنظمة لعقد التأمين في قانون المعاملات المدنية ، على عقد التأمين التجاري ، هي ولاية أصلية ، وليست مجرد ولاية

احتياطية كما هو الحال في شأن ولاية قانون المعاملات المدنية على المعاملات التجارية بصفة عامة . فالولاية الاحتياطية لقانون المعاملات المدنية في شأن المعاملات التجارية ، إنما تثبت كما قدمنا لأحكامه التي تكون لها الصفة المدنية ، بموضوعها ، لا بمجرد استضافة قانون المعاملات المدنية لها . أما الأحكام التي يكون موضوعها تنظيم عمل تجاري أو عمل يستقل بكيانه الموضوعي عن كل من القانون المدني والقانون التجاري ، فتكون ولايتها على هذا العمل التجاري أو المستقل ولاية أصلية حتى وإن ثبتت له الصفة التجارية حسب المعايير التي يعتمدها القانون التجاري لهذه الأعمال ، وعلى الرغم من توطينها في القانون المدني .

وترتيباً على ذلك فإن الأحكام الآمرة في نظام التأمين المسكن في القانون المدني تكون دائماً مقدمة على ما قد ينشأ من عرف مخالف لها ، حتى ولو تعلق الأمر بتأمين تجاري . لكن ذلك لا يحول بالطبع دون اللجوء إلى أحكام القانون التجاري ومصادره إلى جانب الأحكام العامة في القانون المدني وإلى جانب مصادر هذا القانون الأخير ، لاستكمال النقص في هذا النظام ، في الحدود التي لا يخل فيها إعمال أحكام القانون التجاري بوحدة النظام وتناسقه . وهذا مايؤكد ماسبق أن أشرنا إليه من تراكب الظواهر التي تستدعي التشريع ، ومن ثم تراكب النظم التي يشرع لها .

١٦ - ولا شك أن قانون المعاملات التجارية الصادر بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣ قد جاء مؤكداً لهذه الحقيقة . فقد نصت المادة الخامسة منه في فقرتها التاسعة على أنه يعد عملاً تجارياً " التأمين بأنواعه المختلفة باستثناء التأمين التعاوني " . وقد وضع هذا النص مذهب القضاء الأعلى في شأن عدم ولاية أحكام التأمين الواردة في قانون المعاملات المدنية على عقد التأمين التجاري في مأزق خطير . فهذا النص يجعل التأمين بأنواعه المختلفة عملاً تجارياً باستثناء التأمين التعاوني . وقانون المعاملات المدنية ينظم هذه الأنواع المختلفة باستثناء التأمين التعاوني . ومن ثم فلا

مناص من الخيار بين التسليم بولاية أحكام التأمين الواردة في قانون المعاملات المدنية على التأمين التجاري ، وبين التسليم بأن أحكام التأمين الواردة في هذا القانون قد صارت معطلة تماماً منذ العمل بقانون المعاملات التجارية ، في الوقت الذي لم يتضمن فيه هذا القانون الأخير بديلا لها . ومن الواضح أن الخيار الأخير يمثل عبثاً يتنزه عنه أي مشرع . وعلى أي حال فإن المشرع لم يترك الفرصة لهذا الخيار العبثي . فقد نصت المادة الأولى من قانون المعاملات التجارية صراحة على سريان أحكام قانون المعاملات المدنية على الأعمال التجارية - والتأمين من بينها - إذا لم يوجد نص أو عرف تجاري.

وهكذا فإن أحكام التأمين الموجودة ضمن قانون المعاملات المدنية تكون لها الولاية على عقود التأمين التجاري ، وفقا لمعايير الولاية الأصلية ومعايير الولاية الاحتياطية على حد سواء . لكن ولايتها الأصلية تجعل لها الغلبة على ماقد ينشأ من عرف تجاري مخالف لها. أما الولاية الاحتياطية فلا تحول دون تقدم العرف عليها. وبديهي أنه إذا اجتمع مقتضى الولاية الأصلية مع مقتضى الولاية الاحتياطية ، فإن مقتضى الولاية الأصلية لابد أن تكون له الغلبة . ومن ثم فإنه يمكن التأكيدعلى عدم امكان قيام عرف تجاري مخالف لأحكام عقد التأمين في قانون المعاملات المدنية ذات الصفة الآمرة .

١٧ - يبقى بعد ذلك أن ثبوت الولاية الأصلية لنظام التأمين الموجود في قانون المعاملات المدنية على عقود التأمين التجارية ، ليست بالضرورة ولاية انفراد تمنع من قيام المشرع بوضع نظام تأميني مواز تكون له الولاية على قطاع أو آخر من قطاعات التأمين ، يقدر حاجته إلى تنظيم متميز . وهذا هو الشأن في قطاع التأمين التجاري البحري ، الذي اختصه المشرع بتنظيم مواز خاص به أورد أحكامه في القانون البحري الصادر بالقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٨١ ، وحددت معالمه خصوصيات التجارة البحرية

والأعراف التأمينية التي نشأت في كنف هذه التجارة . ولذلك فأحكام التأمين الموجودة في قانون المعاملات المدنية تنحسر عن التأمين التجاري البحري ، والتأمين البحري لايخضع إلا لأحكام عقد التأمين البحري الواردة في قانون التجارة البحرية وحدها ، وفقاً للضوابط العامة التي سبق لنا استنباطها .

وتظهر أهمية ثبوت ولاية أصلية لأحكام القانون البحري في شأن التأمين البحري موازية لولاية نظام التأمين في قانون المعاملات المدنية على غيره من قطاعات التأمين التجاري ، في أمور ثلاثـــة :

الأول هو تحرير التأمين التجاري البحري من ربقة القواعد القانونية الآمرة التي أوردها قانون المعاملات المدنية بشأن عقد التأمين ، ومن بينها حكم المادة ١٠٢٨ من قانون المعاملات المدنية الذي يبطل شرط التحكيم " إذا لم يرد في اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة المطبوعة في وثيقة التأمين " . وهذا مايعني صحة حكم محكمة تمييز دبي الصادر في ١٩٩١/٤/٧ من حيث النتيجة التي خلص إليها ، حيث كان الأمر متعلقاً بتأمين بحري ، وحيث انتهت المحكمة إلى عدم خضوعه لنص المادة ١٠٢٨ من قانون المعاملات المدنية ، ومن ثم إلى صحة شرط التحكيم المدون في وثيقة التأمين بين شروطها العامة وعلى الرغم من عدم وروده في اتفاق خاص منفصل على النحو الذي تتطلبه هذه المادة . على العكس من ذلك تماماً جاءت النتيجة التي وصل إليها حكم المحكمة الاتحادية العليا في حكمها الصادر في ١٩٩٤/٢/٢٩ ، من صحة شرط التحكيم المدون في وثيقة التأمين بين شروطها العامة ، وليس في اتفاق خاص منفصل ، مخالفة لصحيح حكم القانون ، إذ الأمر كان متعلقا بتأمين تجاري مما يخضع لأحكام التأمين التي وضعها المشرع في قانون المعاملات المدنية ، ومن بينها حكم المادة ١٠٢٨ سالفة الذكر .

الثاني هو وجوب العمل في مجال التأمين البحري بالعرف القائم في هذا المجال ، حتى وإن كان هذا العرف مخالفاً لحكم من أحكام التأمين الآمرة ، الموجودة في قانون

المعاملات المدنية ، إذ العرف التأميني البحري لا يبطل إلا بنص آمر يتضمنه نظام التأمين البحري ، في الوقت الذي يبطل فيه العرف التجاري غير البحري بنص آمر من نصوص التأمين في قانون المعاملات المدنية ، لأن هذه النصوص تمثل النظام الذي إرتآه المشرع للتأمين التجاري خارج النطاق البحري .

الثالث هو أن الولاية الاحتياطية في شأن التأمين البحري إنما تثبت أولاً للمصادر الاحتياطية في القانون البحري ثم لقانون المعاملات التجارية ، ولا تثبت لقانون المعاملات المدنية إلا بعد استنفاد المصادر الاحتياطية للقانون البحري، واستنفاد مصادر القانون التجاري .

١٨ - وإذ كان المشرع قد اختص التأمين البحري بنظام مستقل ومواز لنظام التأمين الموحد المتوطن في قانون المعاملات المدنية على النحو السابق ، فمن المتصور مستقبلاً أن يعمد المشرع إلى إقرار نظام آخر مواز للتأمين الجوي ، سواء بوضع قانون مستقل لهذا النوع من التأمين ، أو بالتصديق على معاهدة دولية يمكن أن تبرم في شأنه . لكن التأمين الجوي يشمل فيما يشمله التأمين على البضائع المنقولة جواً ، ويرتبط لذلك بعقد النقل الجوي .وعقد النقل الجوي تحكمه معاهدة وارسو التي انضمت إليها الدولة . وأحكام هذه المعاهدة تمثل نظاماً خاصاً لعقد النقل الجوي ، يقف موقف التوازي من النظم التي تخضع لها بقية عقود النقل . ومن ثم فهي التي تحكم علاقة الارتباط بين عقد النقل الجوي وبين عقد التأمين من المسئولية الناشئة عن تنفيذ هذا العقد .

وعلى هذا النحو ، فإن حكم محكمة تمييز دبي الصادر في ١٩٩١/١١/٧ يكون قد صادف صحيح القانون ، على الرغم من وعورة الطريق الذي سلكه وتناقض الحيثيات التي قدمها ، عندما وصل في النهاية إلى صحة الشرط الوارد في وثيقة التأمين ، معلقا مسئولية المؤمن عن القيمة الحقيقية للبضاعة المنقولة جوا على ذكر

هذه القيمة في وثيقة النقل الجوي ، إعمالاً لنصوص معاهدة وارسو في شأن النقل الجوي . وليس في ذلك أي خروج على مقتضى الولاية الأصلية لأحكام عقد التأمين في قانون المعاملات المدنية بشأن التأمين الجوي ، كما يتبادر إلى الذهن من مطالعة الحكم ، لأن الأمر لا يتعلق بتطبيق حكم من أحكام التأمين ورد في نظام للتأمين غير النظام الموجود في قانون المعاملات المدنية ، وإنما يتعلق بتطبيق حكم من أحكام عقد النقل الجوي اعتمدته نصوص وثيقة التأمين عندما واجهت تحديد الضمان الذي يلتزم به المؤمن بمقتضاها . وهو تحديد تسمح به النصوص المنظمة لعقد التأمين في قانون المعاملات المدنية وليس فيه خروج على القواعد الآمرة المقررة فيها .

١٩ - نخلص من هذا النقاش كله إلى الحقائق التاليـة :

١ - أن محكمة تمييز دبي قد أصابت صحيح القانون في حكمها الصادر بجلسة ١٩٩١/٤/٧ عندما قضت بعدم ولاية نص المادة ١٠٢٨ من قانون المعاملات المدنية على شرط التحكيم الوارد في عقد التأمين على سفينة تستخدم في النقل البحري . لكن كان من المتعين عليها اسناد قضائها إلى الصفة البحرية للتأمين ومن ثم خضوعه لنظام التأمين الوارد في القانون البحري وحده باعتباره نظاماً خاصاً نسبة إلى النظام الموجود في قانون المعاملات المدنية . أما اسناد هذا القضاء إلى انتفاء ولاية نصوص قانون المعاملات المدنية المتعلقة بالتأمين على التأمين التجاري ، فهو إسناد لا يصادف صحيح حكم القانون .

٢ - أن محكمة تمييز دبي قد أصابت بالمثل صحيح القانون في حكمها الصادر بجلسة ١٩٩٢/١١/٧ ، عندما قضت بصحة الشرط الوارد في وثيقة النقل الجوي ، وفي وثيقة التأمين من المسئولية عن هذا النقل ، والذي يتطلب لقيام مسئولية الناقل

الجوي ، ومن ثم المؤمن ، عن القيمة الحقيقية للبضاعة المنقولة ، ذكر هذه القيمة في وثيقة النقل . لكن كان يكفيها اسناد هذا القضاء إلى نصوص معاهدة وارسو للنقل الجوي التي انضمت إليها الدولة فصارت أحكامها بذلك نظاماً خاصاً لعقد النقل الجوي فيها نسبة إلى القواعد المنظمة لعقد النقل بصفة عامة . أما أن تتجاوز ذلك إلى الاستناد إلى عدم ولاية قانون المعاملات المدنية على المعاملات التجارية ، وإلى أن عدم وجود نصوص تشريعية لحكم النزاع في القوانين السائدة بشأن المعاملات التجارية يستدعي اللجوء إلى أنسب الحلول في مذهب الامام مالك ، فهذا مالا يصادف صحيح حكم القانون .

٣ - أن المحكمة الاتحادية قد جانبها الصواب عندما قضت في حكمها الصادر في ١٩٩٤/٢/٢٩ ، بصحة شرط التحكيم الوارد في عقد التأمين من الحريق على محل لبيع المفروشات ، استناداً إلى أن العقد تجاري بالنسبة لكل من طرفيه ، وأن المادة ١٠٢٨ من قانون المعاملات لا ولاية لها على المعاملات التجارية ، وذلك بالنظر لانتفاء المانع القانوني الوحيد من إعمال أحكام التأمين الواردة في قانون المعاملات المدنية ، ألا وهو وجود تنظيم قانوني خاص يحكم عقد التأمين محل النزاع المطروح .

تعليق على حكم محكمة العين الجنائية الابتدائية
الصادر في ١٨/٩/١٩٩١م في شقه المدني
والقاضي بإنابة القضاء القطري في تنفيذ الحكم

الأستاذ الدكتور
عكاشة محمد عبد العال

وقائع الدعوى

تخلص وقائع الدعوى، كما يبين من مدونات الحكم، أنه بتاريخ ١٨/٩/١٩٩١م، أصدرت محكمة العين الجنائية الابتدائية حكماً في القضية رقم ٩١/١٩٦٣ ضد المتهم محمد تسليم الدين شفيق علم، البنغالي الجنسية والمقيم بالدوحة بدولة قطر، قضى بحبسه شهرين من تاريخ القبض عليه لاصداره شيكا بدون رصيد، وذلك بالتطبيق لنص المادة ٤٠١ من قانون العقوبات الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٧م. وفي الشق المدني المتعلق بالمطالبة بقيمة الشيك، أمام المحكمة الجنائية المذكورة، قررت المحكمة أنه فيما يتعلق بطلب المدعى "بالزام المدعى عليه بقيمة الشيك موضوع الدعوى، فإنه ولما كانت المحكمة قد انتهت الى القضاء بصحة هذا الشيك وباصدار المتهم له، وقد خلت الأوراق من ثمة دليل يثبت أداء المدعى عليه لقيمة الشيك للمدعى، وكانت البينة فيه أنه قد استحق الاداء، ومن ثم فقد استوفى الحق الثابت به -وهو المبلغ المطالب به- شروط استحقاقه قانونا باعتبار أنه مبلغ

نقدي حال الاداء معلوم المقدار وخالي من النزاع الجدي ومن ثم فقد وجب على المدعى عليه أداؤه للمدعي، وإذ لم يفعل ... رغم اعذار الدائن (المجنى عليه) فإن المحكمة تقضي بالزامه بمبلغ خمسين ألف درهم عملا بنص المادة الخامسة من قانون الاجراءات الجنائية لسنة ١٩٧٠م"[١].

وإذ قدرت المحكمة أن تنفيذ هذا الحكم في شقه المدني يصادف عقبة مرجعها وجود المُطالب بالدين في دولة قطر فقد حسبت أن أنسب السبل وأسهلها لتحصيل الحق المحكوم به هو اللجوء الى الانابة القضائية. ومن ثم سارع رئيس محكمة العين الجنائية الابتدائية بتوجيه كتاب (برقم و ع العين ٩٢/٢٨٣) في ٧ مايو ١٩٩٢م الى رئاسة المحاكم العدلية بدولة قطر مرفقا به صورة من الحكم المذكور وشهادة لمن يهمه الأمر مصدقة من النيابة العامة في العين ونسخة من إخطار الدفع الموقع من المحكوم عليه شخصيا، رجاها فيه "الايعاز لمن يلزم لتنفيذ الحكم وتحصيل المبلغ المحكوم به زائدا الرسوم من المحكوم عليه وتحويله لصالح محكمة العين التنفيذية في القضية رقم ٩١/١٠٠٩".

تعددت المكاتبات وتلاحقت لاستعجال تنفيذ هذه الانابة القضائية الموجهة الى رئيس المحكمة العدلية بالدوحة كان آخرها كتاب سفير دولة قطر بدولة الامارات العربية المتحدة الموجه الى مدير ادارة الشئون القضائية والاقتصادية والثقافية بوزارة الخارجية (برقم س ق أ-٨/٢٧-٨٣٤) المؤرخ في ١٩٩٣/٦/١٥م.

وفي ١٩٩٣/٧/١٣م جاء رد مساعد وكيل وزارة العدل ومدير ادارة الفتوى والتشريع بقطر رافضا تنفيذ هذا الطلب. وقد جاء الرد حاسما وقاطعا بأن تنفيذ الأمر موضوع الطلب لا يتم إلا عن طريق اتباع القواعد المقررة لتنفيذ الأحكام في

(١)حكم غير منشور صادر في ١٩٩١/٩/١٨م.

دولة قطر والمنصوص عليها في المادتين ٣٧٩، ٣٨٠[٢] من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٩٠م والتي "لا يغنى عنها -على ما يقول به رد وزارة العدل القطرية- كتاب رئيس محكمة العين الابتدائية الاتحادية".

التعليق

الحكم المطروح للتعليق عليه يتعلق أصلا بدعوى جنائية منظورة أمام القاضي الجنائي {١} ويثير ما يجري العمل على تسميته بالانابة القضائية La Commision Rogatoire ، ومدى امكانية اللجوء اليها لتنفيذ حكم صادر من القضاء الاماراتي {٢} وهو أمر جانب فيه التوفيق القاضي الاماراتي على الرغم من أن الطريق الذي سلكه لا غبار عليه فيما لو كان موضوع الطلب الذي انصبت عليه الانابة القضائية مقبولا {٣}.

{١} الحكم المطروح يتعلق أصلاً بدعوى جنائية منظورة أمام القاضي الجنائي:

فكما لاح لنا من مدونات الحكم نحن بصدد جريمة اعطاء شيك بدون رصيد تحققت المحكمة من توافر أركانها التي حددها المشرع الجنائي، وفرضت من ثم على

(٢) ويجري نص المادة ٣٧٩ من هذا القانون على أن "الاحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها في قطر بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الاحكام والأوامر القطرية فيه. ويطلب الأمر بالتنفيذ بتكليف الخصم الحضور أمام قاضي التنفيذ بالمحكمة المدنية الكبرى، وذلك بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى". وتنص المادة ٣٨٠ من ذات القانون على أنه "لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي:
١- أن محاكم دولة قطر غير مختصة وحدها بالفصل في المنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر، وأن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة به طبقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها.
٢- أن الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم قد كلفوا الحضور ومثلوا تمثيلا صحيحا.
٣- أن الحكم أو الأوامر حاز قوة الأمر المقضي طبقا لقانون المحكمة التي أصدرته.
٤- أن الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محكمة بقطر، وأنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب فيها".

مرتكبها العقوبة المقررة في المادة ٤٠١ من قانون العقوبات الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٧م.

ولا شبهة في أن اهتمام المشرع الجنائي -عند سائر التشريعات- بتوفير حماية جنائية للشيك مرده الى ما لهذه الورقة التجارية من وظيفة اقتصادية هامة في المجتمع. ومن المعلوم أن الدعوى الجنائية هى وسيلة المجتمع -ممثلا في النيابة العامة- للقصاص من الجاني. غير أنه لما كان من المتصور أن يترتب على الجريمة ضرر يلحق فردا أو مجموعة من أفراد المجتمع، فقد أجازت القوانين -ومنها القانون الاماراتي- للمتضرر أن يطالب المتهم بالتعويض أمام القاضي الجنائي. وهذا هو ما يعرف بتبعية الدعوى المدنية للدعوى الجنائية. فثمة رابطة وصل بين الدعوين، الجنائية والمدنية، متأتية من أن الدعوين متولدان عن سلوك واحد. ولذا شاءت التشريعات المختلفة أن تفتح الطريق أمام المضرور من الجريمة ليطالب بالتعويض أمام القضاء الجنائي لاعتبارات عدة في مقدمتها تجنب التناقض بين الأحكام(٣).

هذا الاعتبار لم يغب عن مشرعي القوانين المحلية السابقة في دولة الامارات العربية المتحدة حتى قبل صدور قانون الاجراءات الجزائية الاتحادي الجديد في ١٥ يونيو ١٩٩٢م. فالمادة الخامسة من قانون الاجراءات الجنائيةلسنة ١٩٧٠م الخاص بإمارة أبوظبي -والتي بالتطبيق لها صدر الحكم محل التعليق- تنص على أنه "تأمر المحكمة أي شخص أدانته سواء حكمت عليه بعقوبة أم لم تحكم، أن يدفع تعويضا تحدده لكل من أصابه ضرر من جريمة إذا كان من رأي المحكمة أن مثل ذلك التعويض يمكن الرجوع به في دعوى مدنية".

ويعنينا أن نبرز من هذا النص، الذي أقامت عليه المحكمة قضاءها، أمرين:

(٣) في تفاصيل متعددة بشأن هذا الموضوع أقرأ الدكتور مدحت رمضان في "شرح قانون الاجراءات الجنائية الاتحادي"، ص١٤٩ وما بعدها.

الأول، أنه نص يتناول بالمعالجة تبعية الدعوى المدنية للدعوى الجنائية. فما أمرت به المحكمة من حيث الزام المحكوم ضده بدفع المبلغ المذكور هو حكم ذو طبيعة مدنية.

الثاني، أنه نص كان يجيز للقاضي الجنائي أن يحكم للمضرور بالتعويض ولو لم يطلبه. وهو بذلك يخرج على الاصل العام المتمثل في أن الدعوى المدنية ملك للمضرور لا ينظرها القضاء إلا بناءً على طلب منه. وهذا الوضع صححته -على أي حال- المادة ٢٢ من قانون الاجراءات الجزائية الاتحادي بقولها "لمن لحقه ضرر مباشر من الجريمة أن يدعى بالحقوق المدنية قِبَل المتهم".

الفكرة المتقدمة إذن تكمن في أنه وإن كانت المسألة الأصلية المطروحة هى مسألة جنائية خاصة بتجريم الشيك منظورة أمام القاضي الجنائي، إلا أن ما يعنينا هو ذلك الشق المدني الذي فصل فيه القاضي الجنائي بصفة تبعية للدعوى الجنائية. هذه المسألة المدنية يمكن اللجوء بشأنها الى الانابة القضائية. ولمزيد من الايضاح يتعيّن ابراز نقطتين جوهريتين في هذا الشأن:

حاصل **أولهما**، أن الأصل أن الجهة القضائية التي تطلب الانابة هى جهة القضاء المدني والتجاري. بيد أنه ليس ثمة ما يحول دون أن تكون هذه الجهة هى القضاء الجنائي متى كان الاجراء المطلوب اتخاذه متعلقا بدعوى التعويض المدنية التابعة للدعوى الجنائية. كما قد تكون الجهة المنيبة هى القضاء الاداري متى أثارت المسألة الادارية المطروحة أمام القاضي الاداري مسائل ذات طبيعة مدنية وتعلق الاجراء المطلوب اتخاذه بمقتضى الانابة القضائية بهذه المسألة.

على أنه من المقطوع به أنه يخرج من نطاق الانابة القضائية الاجراءات المتعلقة بمسألة جنائية أو مالية بالمعنى الدقيق لهذه المسائل اللّهم إلا إذا كانت ثمة اتفاقية دولية بين الدولة المنيبة والدولة المُنَابة تجيز الانابة القضائية في مثل هذه الأمور.

ومقتضى **ثانيهما**، أن الانابة التي نعنى بها، والتي يثيرها الحكم المبحوث فيه،

هى الانابة الدولية. وهى لا تكون كذلك، إلا اذا توافرت مقتضيات محددة: أولها أن يكون هذا الاجراء من الاجراءات القضائية التي يتعيّن اتخاذها أو القيام بها خارج حدود الدولة المنظورة الدعوى -المتعلق بها الاجراء- أمام محاكمها. يستوي بعد ذلك أن تكون العلاقة الخاصة المتعلق بها الاجراء المراد اتخاذه في الخارج، علاقة وطنية خالصة أم علاقة داخلها عنصر أجنبي. فصفة الدولية التي تلحق الانابة تتحدد بالنظر الى المكان الذي يجب اتخاذ الاجراء فيه وبحيث يجب ان يكون هذا المكان اجنبيا بالنسبة الى الدولة المنظورة أمامها الدعوى الاصلية المتعلق بها هذا الاجراء. وترتيبا على ذلك، ان كان الاجراء من الاجراءات التي يجب اتخاذها داخل الدولة المرفوعة الدعوى أمام محاكمها كانت الانابة وطنية خالصة، ولو تعلق الامر بمنازعة ذات عنصر أجنبي. وعلى النقيض من ذلك، إن كان من اللازم اتخاذ اجراء التحقيق خارج هذه الدولة كانت الانابة القضائية دولية ولو تعلق الامر بمنازعة وطنية في كافة عناصرها.

في قول موجز، تصح الانابة القضائية الدولية متى كان موضوعها مما تجوز فيه الانابة ولو كانت صادرة عن القضاء الجنائي، كما تكون هذه الانابة دولية متى كان الاجراء المراد اتخاذه يتم في دولة اجنبية بصرف النظر عما اذا كان موضوع المنازعة ذاته خالص الوطنية أم داخله عنصر اجنبي. والحال كذلك، ما هو تعريف الانابة القضائية الدولية؟

{٢} معنى الانابة القضائية الدولية وأساس الزامها:

الأصل أن المحكمة التي تنظر في الدعوى هى التي تتولى دراستها والتحقيق فيها واتخاذ كافة الاجراءات القضائية المتعلقة بها. ومع ذلك، فإنه قد يحدث من الناحية العملية أن تقوم موانع أو عقبات يتعذر بسببها على القاضي المختص بالمسألة أن يتخذ الاجراء بنفسه. فقد يكون الشاهد المراد سماعه أو الخصم المطلوب

استجوابه أو المال المراد معاينته في مكان آخر قصي بعيد عن مقر المحكمة. في مثل هذه الحالات يعطي المشرع في قانون الاجراءات المدنية الداخلي للقاضي الناظر في المنازعة الحق في انتداب محكمة أو قاضي آخر للقيام بهذا الاجراء(٤). على أن المشكلة تبدو أكثر حدة ويدق الامر في الفرض حيث يتعين اتخاذ اجراء التحقيق هذا في دولة أخرى اجنبية غيردولة القاضي المنظور أمامه المنازعة. في هذه الحالة يكون على القاضي الوطني أن يطلب اتخاذ هذا الاجراء من نظيره الاجنبي بمقتضى ما يُسمى بالانابة القضائية الدولية، فما المقصود بها؟

يمكن لنا أن نعرفها بأنها "طلب من السلطة القضائية المنيبة الى السلطة المنابة، قضائية كانت أم دبلوماسية، أساسه التبادل، باتخاذ اجراء من اجراءات التحقيق أو جمع الأدلة في الخارج وكذا أي اجراء قضائي آخر يلزم اتخاذه، للفصل في مسألة منظورة أمام القاضي المنيب،ليس في مقدوره القيام به في نطاق دائرة اختصاصه"(٥).

فالناظر في المسألة يلحظ أن القاضي المُناب إن هو إلا شريك -إن صح التعبير أو جاز- للقاضي المنيب في تحقيق منازعة معروضة على هذا الأخير، حالت ظروف معينة دون قيامه به بنفسه -وهذا هو مقتضى الاصل- لكون الأمر داخلا في نطاق اختصاص نظيره المناب. إذن القاضيان المُنيب والمُناب يشتركان -كل بنصيب- في

(٤) اقرأ المواد ٢٢٠، ٢٢١ من قانون الاجراءات المدنية رقم ١١ لسنة ١٩٩٢م.

(٥) في هذا المعنى:
Despagnet (F.), précis de droit international privé, 1909, n° 188, p. 587; Huet, procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux, J. - cl. dr. int. Fasc. 583, n° 106; Mayer, droit international privé, 3° ed., 1987, n° 486, p. 299.
واقرأ في تعريفات أخرى عديدة، الدكتور ادوارد عيد، الانابات والاعلانات القضائية وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص واتفاقية الدول العربية في ١٩٥٣، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية ١٩٦٩، ص٩، الدكتور علي الزيني، موجز القانون الدولي الخاص في أوربا ومصر، المطبعة الرحمانية، ١٩٢٩، ص٧٨، وفي الفقه الفرنسي، فايس، موجز القانون الدولي الخاص، ١٩٢٠، الطبعة الثامنة، ص٦٧٩، اندريه إيبت، تنازع القوانين في مسائل الاثبات، دالوز، فقرة ٢٩٢، ص٣٤٨.

استجلاء الحقيقة في شأن المسألة محل النزاع. وتتحقق "المشاركة" بوصفها نوعا من التعاون القضائي تفرضه طبيعة العلاقات الخاصة الدولية ويحتم اللجوء اليها الهدف المقصود من القانون الدولي الخاص وهو تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية.

ويكاد ينعقد الاجماع في الفقه على أن تنفيذ الانابة القضائية الدولية غير ملزم على سند من القول بأن أساسها المجاملة الدولية La Courtoisie internationale. فسيادة كل دولة على اقليمها، والاعتراف بمبدأ استقلال الدول، وكون جهاز العدالة في كل دولة قد وجد ليقدّم خدماته للمنازعات التي تثور أمامه، وطنية كانت أم داخلها عنصر اجنبي، كلها أمور يصعب معها القول بأن تنفيذ الانابة القضائية له صفة الالزام(٦). فالسلطة القضائية في أية دولة من الدول ليست ملزمة بأن تجيب سلطة قضائية أخرى أجنبية فيما تطلبه منها بإتخاذ اجراء معين من اجراءات التحقيق أو غيره متى لم يكن ثمة اتفاق دولي -ثنائي أو جماعي- يلزمها. ففي مقدور السلطة القضائية المنابة أن ترفض تنفيذ الانابة القضائية المطلوبة منها ومن غير أن تكون محلا للوم أو أن تجد من أحد نكيرا(٧).

على أن القائلين بأن الانابة القضائية أساسها المجاملة لا ينكرون أبدا أهميتها ودورها. وفي ذلك يشير بعض منكري الصفة الالزامية للانابة القضائية الى أن من

---

(٦) V. en ce sens, Bellet, commission rogatoire, (matière civile), Rep. Dalloz, n° 3; Picard, J.- cl. dr. int. Fasc. 583, n° 8; Japiot, op. cit, n° 30; Huet, les conflits de lois en matière de preuve, 1965, op. cit., p. 354; Gavalda, les commissions rogatoires internationales en matière civile et commerciale, Rev. crit. 1964, p. 15 v. pp. 17-18; La coopération internationale en matière de procédure civile, Etudes de droit contemporain, travaux et recherches de l'institut de droit comparé de Paris, T. X.XIII, 1962, p. 327 et s., p. 337; Octavian copatina, l'entraide judiciarie internationale, cours la Haye 1983, T. 179, p. 309 et s. v. p. 326.
وانظر في الفقه المصري، الدكتور عز الدين عبد الله، الجزء الثاني من تنازع القوانين، ١٩٨٦، ص٨١٣ ؛ الدكتور هشام صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الطبعة الثانية، ١٩٧٢، بند ٥٤، هامش (٤).

(٧) Bellet, op. cit., n° 3, Gavalda, les commissions rogatoires.., op. cit., p.18; Picard, op. cit., n° 8; Huet, thèse, précitée, p.348.

"المستحيل من الناحية العملية بالنسبة لدولة من الدول، من جل اهتماماتها احترام مقتضيات العدالة السليمة، أن تتحلل من الالتزام بالتعاون القضائي، ذلك أن من مصلحة أطراف الخصومة كما هو من مصلحة حسن ادارة العدالة أن تجد محاكم كل دولة من الدول الوسائل التي يمكنها بمقتضاها حمل الدول الاجنبية على اتخاذ أدلة الاثبات أو التحقيق اللازمة للفصل في النزاع المطروح أمامها"[٨].

ونرى أنه من العصي أن يكون أساس الانابة القضائية هو فكرة المجاملة الدولية وذلك على سند من القول بأن كل دولة من الدول تتمتع في مواجهة الأخرى بالاستقلال والسيادة والمساواة. فهذه أفكار عتيقة عفا عليها الزمن أدّت دورها لتبرير كثير من الحلول في نطاق القانون الدولي العام والخاص على السواء. ويستحسن عدم الاعتماد عليها لأنها من الأفكار السياسية التي لا ينبغي اقحامها ونحن بصدد قانون العلاقات الخاصة الدولية.

والحال كذلك فإن الانابة القضائية تجد ما يبررها في فكرة «التعايش المشترك بين النظم القانونية»، وهو تعايش تبرره ضرورات عملية تتمثل في الاستحالة على القاضي المنيب في أن يضطلع بنفسه باتخاذ كافة اجراءات التحقيق في شأن الخصومة الاصلية المنظورة أمامه[٩].

والحق أنه لما كانت التشريعات تجري في اجماع وتواتر على اللجوء الى الانابة القضائية ارسالا واستقبالا، فإنا لا نرى مجازفة في القول بأن هناك عرفا دوليا ملزما

(٨) V: Huet; thèse précitée; p. 348 où il écrit: «Il est pratiquement impossible a un Etat, soucieux de respecter les exigences d'une bonne justice, de se soustraire à cet impératif de coopération et d'entr'aide judiciaires. Il est donc à la fois de l'intérêt des parties au procès et de l'interet d'une bonne administration de la justice que les tribunaux d'un pays aient les moyens de faire recueillir, à l'étranger, les preuves dont la production importe à la décision du litige».

(٩) أنظر في تفصيلات هذا الاتجاه مؤلفنا الانابة القضائية، في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، دار المطبوعات الجامعية ١٩٩٤ ص٢١ وما بعدها.

يوجب على كل دولة من الدول تنفيذ الانابات القضائية القادمة اليها[١٠] متى تحقق شرط التبادل أو المعاملة بالمثل. فشرط التبادل هو الذي تكتمل به في رأينا دائرة الالزام. فمن يرسل انابة لتنفيذها في الخارج عليه التزام بتنفيذ ما يرسل اليه من نظيره الاجنبي. ونرى ضرورة تحقق هذا الاشتراط قياسا على ما هو مقرر في شأن الاعتراف بالاحكام الاجنبية وتنفيذها في دولة الامارات العربية المتحدة (مادة ١/٢٣٥ من قانون الاجراءات المدنية) وعلى القاضي الاماراتي ان يتيسر في اقتضاء هذا الشرط. فيفترض عند ما يُطلب اليه تنفيد انابة قضائية أن الدولة الاجنبية المرسلة للانابة تنفذ الانابات القضائية المرسلة من القضاء الاماراتي. فمثل هذا التيسير يحقق التعاون القضائي بصورة نموذجية بين الدول وصولا الى الحصول على أدلة الاثبات بما يحقق مصلحة العدالة ومصالح التجارة الدولة عبر الحدود.

بان لنا مما تقدم معنى الانابة القضائية الدولية وأساس الزامها. وهذه المسألة في ذاتها لا تثير أدنى عناء. على أن الوجه الحقيقي للمسألة يتكشف فيما لو أردنا أن نعرف ما إذا كان من الجائز أم لا اللجوء للانابة القضائية لتنفيذ حكم في خارج الدولة على غرار ما فعلته محكمة العين الابتدائية في طلب مكتوب ورسمي من رئيسها. ولعل هذه المسألة تجرنا لبحث ما تجوز فيه الانابة القضائية (أ) وما لا تجوز فيه (ب).

(أ) ما تجوز فيه الانابة القضائية (موضوعها):

رأينا -غير مرة- أن الانابة القضائية تفترض، بحسب الاصل، أن ثمة منازعة مطروحة أمام القضاء في الدولة المنيبة، وأن القاضي المنيب إذ يطلب من نظيره الاجنبي (أو رجال السلك القنصلي أو الدبلوماسي) إنما يطلب وحسب اتخاذ اجراء من

(١٠) وربما يكون هذا الأساس هو الذي دفع الفقيه الكبير بيليه في فرنسا الى القول بأنه يقع على عاتق الدول "واجب عام يوجب اتخاذ اجراءات التحقيق التي تطلب القيام بها الجهات الأجنبية. ويبقى، بعد ذلك، لكل دولة منابة خالص سلطانها على اقليمها في تحديد الطريقة التي بمقتضاها يتم اتخاذ هذا الاجراء. بيليه، المطول العملي في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، باريس ١٩٢٣، ص٥٠٢-٥٠٣.

اجـراءات الدعـوى، الاصل أنه من اجـراءات التـحـقـيق، ويظل القـاضي المنيب هو المختص بنظر الدعوى الاصلية المتعلق بها الاجراء موضوع الانابة[11]. فهو لا يُسلَب الاختصاص ولا يتخلى عنه خروجا على مقتضيات عمله. والحال كذلك، فما هو إذن موضوع الانابة القضائية أو محلها؟

الواقع من الامـر أن الحـالات التي يمكن فـيـهـا اللجـوء الى الانابة القـضـائيـة متـعـددة ومـتنوعة بصـورة تقطع بأهمـيـة نظامهـا القـانوني، فـهي تنصب على «اتخاذ اجراء من اجراءات التحقيق أو أي اجراء قضائي آخر تراه الجهة القضائيـة المنيبة لازما أو ضروريا للفصل في الدعوى المنظورة أمامها». هذا التحديد هو عين ما قننه المشرع الفرنسي في المادة ٧٣٣ من قانون المرافعات المدينة الجديد[12]، وما تجمع على صياغته الاتفاقات الدولية[13]. وهو قبل كل ذلك تقنين لناتج الممارسات

(١١) في هذا المعنى: Huet (A.). les conflits de lois en matière de pereuve, Dalloz, 1965, n° 308, p. 364.

(١٢) التي تنص على: ·Le Juge peut, à la demande des parties ou d'office, faire pocéder dans un Etat étranger aux mesurs d'instruction ainsi que aux autres actes judiciaires qu'il estime nécessaires en donnant commisson rogatoires·.

(١٣) وهذا ما قررته الاتفاقية المصرية الفرنسية الموقعة في باريس في ١٩٨٢/٣/١٥ (أنظر الملحق) حيث تنص المادة ١٥ منها على أن «للسلطات القضائية في كل من الدولتين أن تطلب من السلطات القضائية في الدولة الأخرى بطريق الانابة القضائية أن تباشر اجراءات التحقيق أو أية اجراءات قضائية أخرى ترى ضرورته وتتعلق بدعوى قائمة أمامها ...». كما أخذت بذات التعريف اتفاقيات أخرى متعددة منها الاتفاقية المصرية الأردنية الموقعة في القاهرة بتاريخ ٢٦ أكتوبر ١٩٨٦ (راجع الملحق م ١٠) واتفاقية لاهاي لسنة ١٩٥٤(قرار رئيس الجمهورية رقم ٤٥٦ لسنة ١٩٧٧) وذلك في المادة الثانية منها وبمقتضاها تنصب الانابة على «اجراء تحقيق أو أي اجراء قضائي» والاتفاقية المصرية الكويتية الموقعة في الكويت بتاريخ ١٩٧٧/٤/١٦ (الملحق) في المادة ١٣. والاتفاقية المصرية الايطالية الموقعة في روما في ١٢ ابريل ١٩٧٤ (م ٨) والاتفاقية المصرية لتنفيذ الاحكام التي وافق عليها مجلس جامعة الدول العربية بتاريخ ١٩٥٢/٩/١٤ (م ٦)، والاتفاقية المصرية الرومانية الموقعة في بوخارست بتاريخ ١٩٨٦/٨/٧ (م ١٧) والاتفاقية المصرية المغربية، الموقعة في الرباط بتاريخ ٢٢ مارس ١٩٨٩ (م ١٨) واتفاقية مجلس التعاون العربي (م ١٧). واتفاقية التعاون القضائي وتسليم المجرمين بين دولة الامارات العربية المتحدة والجمهورية التونسية الصادر بها المرسوم الاتحادي رقم ٣٢ لسنة ١٩٧٥ (م ١٣)، واتفاقية التعاون القضائي بين دولة الامارات العربية المتحدة والمملكة المغربية الصادر بها المرسوم الاتحادي رقم ٨٠ لسنة ١٩٧٨ (م ١٢)، واتفاقية التعاون القضائي بين دولة الامارات العربية المتحدة والجمهورية السورية الصادر بها المرسوم الاتحادي رقم ١٢ لسنة ١٩٨٠ (م ١٢).

القضائية في عديد من الدول وبالأخص في فرنسا(١٤).

ومن هذا التحديد نرى أن الاصل هو أن الانابة القضائية ترد على أي «اجراء من اجراءات التحقيق أو الحصول على أدلة الاثبات الموجودة في الخارج». غير أنه من المتصور أيضا -وهذا ما يعطي للانابة القضائية نطاقا واسعا- أن ترد على «أي اجراء قضائي آخر» تقدر المحكمة المنيبة أهميته للفصل في المسألة المطروحة أمامها. ويبدو من كل ذلك أن موضوع الانابة القضائية قد يكون أحد أمرين:

أ- الاصل أن ينصب موضوع الانابة القضائية على اتخاذ اجراءات التحقيق أو الاثبات أو جمع الأدلة حيث يتعذر على القاضي المنيب أن يقوم بها بنفسه(١٥).

والذي ينبغي ابرازه -بادىء ذي بدء- أن اجراءات التحقيق تلك هى اجراءات قضائية تدخل في تكوين الخصومة بوصفها مجموعة من هذه الاجراءات، ويُعد كل

(١٤) راجع في الفقه الفرنسي وأحكام القضاء المذكور فيه:

- Chatin Régime des commissions rogatoires internationales de droit privé. Rév. cit., 1977, p. 611 et SS.
- Huet (A.). les conflits de lois en matière de preuve, op. cit., n° 292 et SS. p. 347 et SS.; procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux (D.I.P.), J - cl. droit int. Procédure civile. Fasc. 583.
- Qctavian capitina, L'entraide judiciaire internationale en matière civile et commerciale, Réc. Acard. la Haye, 1983, I, p. 305 ets.
- Bellet (P.), Commission Rogatoire (matière civile) Rép. Dalloz de dr. international, n° I, p. 346 et SS.
- Japiot (R.), Commission Rogatoire, Rép. la Pradelle et Niboyet de droit international, t.4, Paris 1930.
- Gavalda, la coopération internationale en matière de procedure civile, in Etudes de droit contemporain, contributions Francaises au VI° congrés international de droit comparé, Travaux et recherches de l'institut de droit compare de l'université de Paris, 1963, 335 et 5.,; les commissions internationales en matière civile et commerciale, Revue 1964, p. 15 et S.

(١٥) في هذا المعنى Chatin، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، ١٩٧٧، المرجع السابق، ص٦١٦، Gavalda، الانابات القضائية في المسائل المدنية والتجارية، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، ١٩٦٤، ص١٨، Huet، بحثه بعنوان «الاجراءات المدنية والتجارية والعلاقات الدولية»، المرجع السابق، بند ١١٠.

اجراء منها عملا قانونيا قائما بذاته، يضبط قانون المرافعات المدنية والتجارية عناصره ويبيّن أثره القانوني ويرتب جزاء على مخالفة قواعده[١٦]. ومن هذا المنظور قد يكون محل الانابة القضائية:

- إلزام شخص -خصما كان أم من الغير- موجود في الخارج بتقديم ما لديه من مستندات متى كان الهدف من ذلك هو مساعدة القضاء في الكشف عن الحقيقة وإماطة اللثام عنها[١٧].
- الأمر بسماع شهادة شهود موجودين بالخارج سواء أكان ذلك للإثبات أم للنفي[١٨].
- الأمر بتعيين خبير للقيام بعمل من أعمال الخبرة الفنية[١٩].
- الأمر بإجراء معاينة للمال الموجود في الخارج (عقارا كان أم منقولا) أو لمكان

---

(١٦) الدكتور وجدي راغب، مبادىء القضاء المدني، الطبعة الأولى، ١٩٨٦-١٩٨٧، ص٣٠٥، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٧٤، ص٦٢٤ وما بعداها، الدكتور فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، ١٩٨٧(دار النهضة العربية - القاهرة) بند ٢٥٩ وما بعده، ص٤٢٩ وما بعدها، نظرية البطلان في قانون المرافعات، الطبعة الأولى ١٩٥٩، بند ٢٦ وما بعده، الدكتور نبيل اسماعيل عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، ١٩٨٦، بند ٥٩٦ وما بعده، ص٦٧٣ وما بعدها.

(١٧) أنظر في القضاء الفرنسي:

- Cass. req. 4 mai 1898, clunet 1899, 343, cass. civ. 1, 22 Rev. 1978, Rev. crit. 1979, p. 593 note couchez.

وفي القضاء الانجليزي:

The court of Appeal, II juilet 1977; 26 mai 1977; House of Lords 1977, clunet 1980, chronique de juriprudence Britanique, Kurt lipstein, p. 394 et SS.

(١٨) Bellet, op. cit., n° 6. V. aussi, cass. req. 4 mai 1898, clunet 1899, p. 343.

(١٩) أنظر في ذلك أحكام القضاء المشار اليها عند:

Maurice Billecard, les commissions rogatoéres en droit international privé thése Paris 1902, 51 et SS.

الحادث أو وقوع الكارثة كما هو الشأن بالنسبة لعقود التأمين[٢٠].

- فحص الدفاتر التجارية الموجودة في الخارج أو أخذ صورة منها وكذا إرسال المستندات أو الأوراق أو غيرها بغرض مضاهاة الخطوط أو الوقوف على صحة العقود المدعى بتزويرها[٢١].

- استجواب الخصم الموجود في الدولة المنابة بقصد انتزاع دليل من المستجوب شخصيا. على أنه يستوي في ذلك أن يكون الامر متعلقا بما يسمى بالاستجواب المقيد الذي غايته الخلوص الى الحصول على إقرار قضائي من الخصم[٢٢]، أو ما ينعت بالاستجواب الحر الذي يرمي وحسب الى تنوير المحكمة بالحصول على ايضاحات ينجلى معها وجه الحقيقة في النزاع المعروض أمام القاضي حيث يتعين حضور المستجوب بشخصه في الموعد المحدد لمناقشته في وقائع المنازعة.

- طلب توجيه اليمين الى الخصم الموجود في الخارج. يستوي في ذلك اليمين الحاسمة أم اليمين المتممة[٢٣].

---

(٢٠) Douai 15 mai 1902, clunet 1902, p. 795 et 1903, p. 358.

(٢١) Huet، الاجراءات المدنية والتجارية في نطاق العلاقات الدولية، سابق الاشارة اليه، بند ٢١٠، Bellet، الانابة القضائية (المسائل المدنية)، موسوعة القانون الدولي، بند ٦، Gavalda، الانابة القضائية الدولية في المسائل المدنية والتجارية، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص ١٩٦٤، المرجع السابق، ص١٨، التعاون الدولي في المسائل المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص٣٣٤.

(٢٢) Gavalda، الانابات القضائية، المجلة الانتقادية، ١٩٦٤، المرجع السابق، ص١٨-١٩.

(٢٣) Gavalda، المجلة الانتقادية ١٩٦٤، المرجع السابق، ص١٨، Huet، الاجراءات المدنية والتجارية في نطاق العلاقات الدولية، المرجع السابق، بند ١١٠، chatin، المرجع السابق، ص٦١٦، Bellet، موسوعة القانون الدولي، الانابة القضائية (المسائل المدنية) بند ٦، capatina، المساعدة القضائية الدولية، دروس لاهاي ١٩٨٣، المرجع السابق، ص٣٦٧-٣٦٨.

- وقد يكون موضوع الانابة القضائية اجراء تحقيق une enquête لجمع الأدلة أو الحصول على المعلومات obtention de renseignements التي تساعد في تشكيل عقيدة القاضي للوقوف على وجه الحقيقة في المنازعة المنظورة أمامه.

خذ على ذلك مثالا: زوجة مصرية ترفع دعوى نفقة أمام القضاء المصري على زوجها الاجنبي الذي يعمل في دولة الامارات العربية المتحدة. فإذا كان من المسلّم به أن مقدار النفقة الذي يحكم به القاضي يتحدد «بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسرا أو عسرا على ألا تقل النفقة في حالة العسر عن القدر الذي يفي بحاجتها الضرورية»[٢٤]، فهل يمكن للقاضي المصري أن ينيب نظيره الاماراتي في تزويده بالمعلومات الخاصة ببيان المركز المالي للزوج حتى يمكنه تحديد مقدار النفقة الواجب الحكم بها للزوجة؟ نرى أن ليس ثمة ما يحول البتة دون ذلك. فمثل هذا الاجراء هو اجراء قضائي Acte Judiciaire، يمكن أن يكون موضوعا للانابة القضائية متى قرر القاضي أهميته للفصل في المنازعة المطروحة عليه.

ب- وقد يكون موضوع الانابة القضائية «أي اجراء قضائي آخر» يقدر القاضي أهميته في حسم المنازعة المعروضة أمامه[٢٥].

والسؤال ما هو الاجراء القضائي الذي يصلح -أياً كان- لأن يكون محلا للانابة القضائية الدولية متى كان اتخاذه لازما للفصل في المنازعة؟

---

(٢٤) (م ٣ من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ في مصر)، واقرأ ايضا نص المادة ٧١ من مشروع قانون الاحوال الشخصية لدولة الامارات العربية المتحدة التي تنص على أنه: تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت فرضها يسرا وعسرا مهما كانت حال الزوجة، على ألاتقل في حالة العسر عن حد الكفاية. وللقاضي للوصول الى الحقيقة أن يستأنس بالتحري أو برأي الخبراء".

(٢٥) أنظر في تأكيد ذلك: Huet، الاجراءات المدنية والتجارية، سابق الاشارة اليه، بند ١١١، Bellet، المرجع السابق، بند ٧، Gavalda، الانابات القضائية ...، المرجع السابق، ص٢٢، capatina، المرجع السابق، ص٣٩٨، chatin، المرجع السابق، ص٦١٧.

للإجابة على ذلك نقول إنه كل اجراء يصدر عن قاضٍ بمناسبة قيامه بوظيفته القضائية، بشأن الخصومة المعروضة أمامه متى كان يرتب فيها أثرا وقدر القاضي المنيب أهميته ولزومه للفصل في المسألة المطروحة. يبقى أن تحديد الطبيعة القانونية للاجراء المراد اتخاذه مسألة تكييف المرجع فيها الى قانون القاضي المنيب، أما تحديد ما اذا كان هذا الاجراء داخلا في اختصاص القاضي المناب أم لا فإن المرجع فيه الى قانون هذا الأخير[٢٦].

والذي يلوح من هذا التعريف أن ما يُعد اجراءً قضائيا بالمعنى المتقدم أمر يستعصي حصر مفرداته، إذ هو من السعة والشمول بحيث يكفي الباحث أن يؤكد المعنى السابق بصورة مجردة، ويكون على القضاء بعد ذلك أن يستظهر، بالنظر الى كل حالة على حده، ما يُعد اجراءً قضائيا وتجويز ورود الانابة القضائية عليه[٢٧]. وهكذا أجاز القضاء اللجوء للانابة القضائية لاتخاذ الاجراءات الآتية:

- استلام كفالة في الخارج متعلقة بدعوى منظورة أمام القضاء الوطني[٢٨].
- طلب سماع الزوج المقيم في الخارج في دعاوى الطلاق أو الانفصال الجسماني المنظورة أمام القاضي الوطني[٢٩].
- اذا تعلق الامر "بترك الخصومة" وكان المدعى عليه الذي أبدى طلباته متوطنا أو مقيما بالخارج، فإنه يمكن انابة المحكمة الاجنبية -الكائن بها موطنه أو محل اقامته- في تلقي هذا القبول تطبيقا لما تقضي به المادة ٢/١١١ من قانون الاجراءات المدنية الاماراتي التي تنص على أنه "لا يتم الترك بعد ابداء المدعى

(٢٦) Louis Chatin، المجلة الانتقادية، المرجع السابق، ص٦١٧.

(٢٧) قارن Capatina، المرجع السابق، ص٣٦٨.

(٢٨) استئناف باريس، ٦ يونيه ١٩٥٨، مجلة القانون الدولي ١٩٥٩، ص٨٣٠ والملاحظات.

(٢٩) محكمة الهافر المدنية، ٨ يناير ١٩١٠، المجلة الانتقادية ١٩١٠، ص٤١٦.

عليه طلباته إلا بقبوله"[٣٠].

على أن المتأمل في أحكام القضاء في القانون المقارن يجدها أميل للتوسعة فيما تحسبه من هذه الاجراءات القضائية التي يمكن اللجوء فيها للانابة القضائية الدولية. ومن ثم وجدنا بعض احكام القضاء يجيز الانابة فيما يعتبر من قبيل الاعمال الولائية مثل التصديق على الصلح[٣١]، بل إن منها ما ذهب الى حد اجازة الانابة القضائية في مسائل لا تعد أبدا من قبيل الاجراءات القضائية بالمفهوم الذي حددناه. مثل ذلك أن تطلب الدولة المنيبة نشر الاحكام الصادرة عن قضائها في الصحف الاجنبية أو الاعلان عنها في الخارج لدى الدولة المنابة[٣٢].

والذي نراه أن هذه التوسعة التي يميل اليها القضاء في هذا الشأن مقبولة ومحمودة تحقق مصلحة العدالة وتساعد على تطوير العلاقات الدولية للأفراد عبر الحدود. ولا نرى مانعا يحول دون اللجوء الى الانابة القضائية في شأن مثل هذه الاعمال وغيرها من الاعمال التي يتخلف فيها أحد العناصر اللازمة لاعتبارها اجراءً قضائيا، إلا أنه يجب النظر الى هذه الاعمال بوصفها نوعا آخر مستقلا مما يجوز أن ترد عليه الانابة، لا أن يدرج مع «الاجراءات القضائية الأخرى»، كما يفعل الفقه الفرنسي الغالب. فمثل هذا المسلك غير سليم يثير الخلط وتنقصه الدقة.

واذا كنا نقر هذا التوسع في شأن المسائل التي يمكن أن ترد عليها الانابة القضائية، ليدخل فيها كل اجراء يراه القاضي بحكم وظيفته ذا قيمة في المنازعة ولو لم ينطبق عليه وصف الاجراء القضائي بالمعنى الفني، فهل يُتصوّر أن يكون

(٣٠) في هذا المعنى فرنسا، Huet، الاجراءات المدنية والتجارية، المرجع السابق، فقرة ١١١.

(٣١) في تفصيل ذلك، capatina، ص٣٦٧ وما بعدها.

(٣٢) أنظر الاحكام المشار اليها عند بيليه -الانابة القضائية (المسائل المدنية)- موسوعة القانون الدولي، فقرة ٨.

موضوع الانابة القضائية طلب الوقوف على مضمون القانون الاجنبي للدولة المنابة؟

إثبات القانون الاجنبي وامكانية اللجوء للانابة القضائية:

يذهب الفقه الغالب في مصر وفرنسا الى اعتبار القانون الاجنبي في نفس مركز القانون الوطني مع اعمال ما يترتب على ذلك من آثار من حيث الزام القاضي بالبحث عن احكامه من تلقاء نفسه وخضوعه في تطبيق هذه الاحكام لرقابة محكمة النقض[٣٣]. ولا يتحلل القاضي من التزامه باعمال القانون الاجنبي إلا اذا استحال عليه التوصل الى مضمونه، وهى استحالة يتعين تسبيبها تسبيبا كافيا وإلا كان حكمه حقيقيا بالطعن عليه. ولا تعارض بين التزام القاضي في هذه الحالة واستعانته بالخصوم أنفسهم بغية الوصول الى الوقوف على مضمون القانون الاجنبي، فمثل هذه الاستعانة تتم أمام القاضي الوطني بقصد معرفة القواعد العرفية الوطنية التي هى قانون وطني. فالقاضي ملزم بتطبيق القانون الاجنبي متى كان عالما به[٣٤]، علماً بأن

(٣٣) راجع في ذلك، هشام صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، بند ٢٧٢، ص٢٦٧.

(٣٤) وفي ذلك تنص المادة ١٤٢ من قانون أصول المحاكمات اللبناني الجديد لسنة ١٩٨٣ على أنه "لا يطلب الدليل على وجود القانون اللبناني. أما إثبات مضمون القانون الاجنبي فيتطلب ممن يتمسك به ما لم يكن القاضي عالما به. وإذا تعذر اثبات مضمون القانون الاجنبي فعلى القاضي أن يحكم وفقا للقانون اللبناني".

وأنظر في معنى قريب من هذا في شأن اثبات مضمون القانون الاجنبي حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ٦ فبراير ١٩٨٤ (راجع في هذا الحكم والتعليق عليه، الدكتور هشام صادق، "التعليق على احكام النقض في مسائل القانون البحري"، الاسكندرية، ١٩٨٥، ص١٣ وما بعدها)، وكذا حكم محكمة الاسكندرية الابتدائية في ١٩٨٤/٥/٣١ (غير منشور) وفيه قررت المحكمة الأخذ "بالرأي الفقهي الذي يرى عدم افتراض علم القاضي بالقوانين الاجنبية لا يعفيه من الالتزام بالبحث عن مضمونها. فالقاضي يطبق القانون الاجنبي من تلقاء نفسه لأن مشرعه قد أمره بذلك بمقتضى قاعدة الاسناد الوطنية والتي اكتسب هذا القانون باسمها صفته القانونية أمام القضاء".

المعيار فيه هو معيار القاضي العادي، إذ لا تكليف بمستحيل[٣٥]. فتلك قاعدة يمتثل لحكمها كل مكلف بالقيام بعمل من الاعمال[٣٦].

القاضي إذن ملزم بتطبيق القانون الاجنبي، وذلك الالتزام يتحقق معه الهدف الذي يرمي اليه القانون الدولي الخاص وهو «تحقيق التعايش بين النظم القانونية. ولا يتحقق ذلك إلا بالسماح بشكل فعلي لكل نظام قانوني بحكم المسائل التي ترتبط به أكثر من غيره والزام القاضي الوطني بحسم المنازعات المطروحة عليه وفقا لما يقضي به النظام القانوني المتصل بالمنازعة من احكام»[٣٧].

والحال كذلك، فإنه لا يتأتى للقاضي الوطني أن يتحلل من التزامه هذا بتطبيق القانون الاجنبي إلا اذا استحال عليه التوصل لمضمون هذا القانون. «وعلى القاضي أن يسبب حكمه الاجنبي في هذه الحالة تسبيبا كافيا، ليؤكد أنه قد تعذر عليه فعلا الكشف عن مضمون القانون الاجنبي، وإلا لأمكن الطعن عليه أمام محكمة النقض»[٣٨]. والذي لا شك فيه أن فتح الطريق أمام القاضي للجوء للانابة القضائية للوقوف على مضمون القانون الاجنبي في الدولة المنابة بوصفه طريقا يُضاف الى الطرق الاخرى المعروفة الآن، مثل تقديم نصوص القانون الاجنبي نفسها أو ترجمتها

---

(٣٥) في هذا المعنى الدكتور العميد مصطفى محمد الجمال، الجهل بالاحكام المدنية، ص٤٨، وانظر أيضاً:
Pièrre Lalive Tendences et méthodes en droit international privé (cours général), Rec. cours de la Haye, 1977, 11, Tome 155, p. 1 et ss., v. précisement, p. 228 où il écrit: "la difficulté de connaitre le droit êtranger n'est donc pas ou plus un argument serieux que l'on puisse faire intervenir dans le débat. N'oublions pas que devoir du iuge, à cet égard, a des limites". "A. L'impossible mul n'est tenu".

(٣٦) الدكتور العميد مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص٤٨.

(٣٧) الدكتور فؤاد رياض، والدكتورة سامية راشد والدكتور عنايت عبد الحميد ثابت، تنازع القوانين من حيث المكان واحكام فضه في القانون اليمني، الطبعة الثانية، ١٩٩٠م-١٤١٠هـ، بند ١٧٧ ص١٨٧.

(٣٨) الدكتور هشام صادق، تنازع القوانين، الطبعة الثالثة، بند ٧، ص٢٦٧.

وتقديم المؤلفات الفقهية أو الاحكام الصادرة عن القضاء الاجنبي أو اللجوء الى الخبرة الشفوية أو المكتوبة، أو الاستفادة من خبرة المتخصصين[٣٩]، يبدو لنا واحدا من بين الوسائل التي يمكن الاستعانة بها للكشف عن مضمون القانون الاجنبي[٤٠]، وذلك على النقيض مما يقول به غيرنا[٤١].

وإذا كنا نقر امكانية اللجوء الى الانابة القضائية لإرسال نصوص القانون الاجنبي أو احكام القضاء فيه في دولة القاضي المناب للفصل في المسألة المثارة أمام القاضي المنيب، فإننا نؤكد على عدة مسائل في هذا الخصوص:

- إن اللجوء الى هذا الطريق لا يكون مقبولا إلا حيث يكون القاضي غير عالم بمضمون القانون الاجنبي ويتعذر عليه العلم به، أو يجد فيما يقدمه له الخصوم من مساعدة تعارضا أو تناقضا، كأن يقدم كل خصم حكما قضائيا يؤيد وجهة نظره تفسيرا لنص قانوني معين في القانون الاجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الاسناد الوطنية أمام القاضي المنيب. عند ذلك يمكن للقاضي المنيب أن يجد في سبيل الانابة الضائية طريقا يعينه في الوقوف على القانون الاجنبي بصورة رسمية.

- إن التزام القاضي بتطبيق القانون -وطنيا كان أم اجنبيا- ليس اجراءً قضائيا

---

(٣٩) الدكتور هشام صادق، تنازع القوانين، الطبعة الثانية، بند ٧٣ ص٢٣٩.

(٤٠) من هذا الرأي، Octavian Capatina، سابق الاشارة اليه، ص٣٧٦، Chatin، المرجع السابق، ص٦١٦، هامش ٦٩، حيث كتب يقول: Les commissions rogatoires "Se prêtent égalementm et cette énumération n'est faite qu' à titre indicatif, aux demandes de renseignements, aux recherches et a des échanges d'information sur le droit ou sur des procédures en cours".
وأيضاً Despagnet، الوجيز ١٩٠٩، سابق الاشارة اليه، بند ١٨٨، ص٥٨٨.

(٤١) من هذا الرأي، Bellet، المرجع السابق، بند ٩ (هامش ٤٣)، Japiot،موسوعة القانون الدولي، لابراديل ونبواييه، المرجع السابق، بند ٧٤، Picard، المرجع السابق، بند ٧.

بالمعنى الدقيق، ذلك أن جوهر وظيفة القاضي هو تطبيق القانون على المنازعة. وإقرارنا لإمكانية اللجوء الى الانابة القضائية في هذا الشأن مرده الى أن من شأن ذلك أن يحقق التضامن المشترك بين النظم القانونية المختلفة وذلك بالسماح لكل نظام قانوني بحكم المسائل التي ترتبط به اكثر من غيره(٤٢)، وهو ما لا يتأتى إلا بفتح السبل أمام القاضي الوطني بقصد الوقوف على هذا القانون، ومن بينها سبيل الانابة القضائية.

- إن القاضي الاجنبي الذي يرسل -بمقتضى الانابة- مضمون القانون الاجنبي إنما يقوم بذلك العمل بوصفه خبيرا. واذا كان الفقه الحديث يقبل بلا تردد امكانية اللجوء الى الخبرة -شفوية كانت أو مكتوبة- بوصفها من افضل الوسائل التي يمكن بمقتضاها الكشف عن مضمون القانون الاجنبي(٤٣)، فإنه يبدو أن اللجوء للانابة القضائية في هذا الخصوص أمر قد يكون محل قبول حسن عند الفقه والقضاء.

- قد يكون من الملائم اللجوء الى انابة رجال السلك الدبلوماسي والقنصلي الموجودين في الخارج في امر ارسال نصوص القانون الاجنبي أو الكشف عن مضمونه بصفة عامة، باعتبار أن ذلك قد يكون أيسر وأسرع، ومع ذلك فإن انابة الجهة القضائية في الدولة الاجنبية قد يكون أكثر فائدة. فالجهة القضائية هى اكثر من غيرها قدرة على فهم الحقائق القانونية والعلم بها علما يمكنها من القيام بالانابة بطريقة سليمة وذلك بالكشف عن الحكم الصحيح للقانون، فليس هناك أعلم من القاضي الاجنبي بحقيقة قانونه وخاصة اذا كان مصدر القاعدة القانونية عنده هو القضاء لا التشريع المقنن.

---

(٤٢) الدكتور فؤاد رياض والدكتورة سامية راشد والدكتور عنايت عبد الحميد ثابت، المرجع السابق، ص١٨٧.

(٤٣) راجع في هذا الاتجاه وفي تفاصيل أخرى، رسالة الدكتور هشام صادق، مركز القانون الاجنبي أمام القاضي الوطني، الاسكندرية، ١٩٦٧، بند ٢٣٥ وما بعده.

- أنه متى كان من الثوابت أن البحث عن مضمون القانون الاجنبي هو التزام يقع على عاتق القاضي، فإن مقتضى ذلك أنه ينبغي عليه، حينما يتعذر عليه الوقوف على القانون الاجنبي بنفسه، أن يلجأ الى طريقة الانابة القضائية من تلقاء نفسه ولو لم يطلب الخصوم ذلك. فإن تقاعس عن هذا متذرعا بأن الخصوم لم يطلبوا ذلك، كان بذلك مخالفا للقانون وكان قراره حقيقيا بالطعن عليه.

(ب) ما لاتجوز فيه الانابة القضائية:

من المسلّم به في القانون المقارن وعند الفقه والقضاء أن ثمة حالات ثلاث لايجوز فيها اللجوء للانابة القضائية:

أولاً: لا انابة في تنفيذ الاحكام:

لا يجوز أن يكون موضوع الانابة القضائية اتخاذ اجراء من اجراءات تنفيذ الحكم الاجنبي، إذ تلك مسألة مستقلة قائمة بذاتها تتم على مقتضى قواعد تنفيذ الاحكام الاجنبية التي أفرد لها المشرع الاماراتي تنظيما خاصا في قانون الاجراءات المدنية والتجارية ضمنه المادة ٢٣٥ منه. والذي لا شك فيه عندنا أن طلب اتخاذ اجراء من اجراءات تنفيذ الحكم الاجنبي بمقتضى انابة قضائية أمر -فوق أنه يخالف الاحكام المنظمةللمسألة في باب تنفيذ الاحكام الاجنبية في كل دولة من الدول- ينطوي على مساس بسيادة الدولة المطلوب اليها اتخاذ مثل هذا الاجراء. ويسلم الفقه السائد(٤٤) وتجري احكام القضاء المقارن على تقرير هذا المعنى. فقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها في ٢٩ نوفمبر ١٩٧٣(٤٥) «أن موضوع الانابة

(٤٤) Bellet, op. cit., T. 1, n° 28 et T. 11, n° 704 - 1, Huet, procédure civile et commerciale.., op. cit., n° 112, Chatin, op. cit., p. 617; Couchez, procédure, D. Rép. V.° commission rogatoire, n° 47.

(٤٥) Cass. 29 nov. 1973, Rev. crit. 1974, p. 690 note Couchez.

القضائية التي يتم ارسالها للخارج على نحو ما ينضح من بين ثنايا المادة الثامنة من اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٥٤ الخاصة بالاجراءات المدنية وعلى ما تقضي به القواعد التي تمليها الشريعة العامة، لا يعدو أن يكون مجرد طلب لهذه السلطة بأن تجري، في نطاق اختصاصها dans son ressort، اجراء من اجراءات التحقيق أو أي اجراء قضائي آخر ودون أن يتعلق باتخاذ اجراء من اجراءات التنفيذ»[٤٦]. والحال كذلك -والكلام على لسان محكمة النقض- فإنه "ليس لمحكمة استئناف Agen أن تنيب السلطات القضائية الاسبانية في اتخاذ اجراء من اجراءات تنفيذ الحكم الصادر عنها غايته تسليم قاصر الى جديه لأبيه بوصفهما ممثلين لوالده. هذا، وكل انابة قضائية تتم بالمخالفة لحكم هذه القاعدة تكون موصومة بالبطلان، وهو بطلان متعلق بالنظام العام يجوز التمسك به ولو لأول مرة أمام محكمة النقض"[٤٧].

إذا كان ذلك كذلك فإنه لا يجوز للسلطات القضائية في دولة الامارات العربية المتحدة أن تفوض سلطة قضائية أخرى -والعكس صحيح- في اتخاذ اجراء متعلق بتنفيذ حكم صادر منها أو الحجز على الاموال الموجودة في الخارج. ولذات العلة، فإنه لا يجوز أن يكون موضوع الانابة القضائية اتخاذ اجراء من الاجراءات التحفظية التي

---

(٤٦) وفي ذلك تقول المحكمة:

"11 résulte de l'article 8 de la Convention de La Haye du 1er mars 1954 relative procédure civile que conformément au droit commun, les commissions rogatoires données à une autorité judiciaire étrangere ne peuvent avoir pour effet que demander à cette autorité de faire, dans son ressort, soit un acte d'instruction, soit d'autres actes judiciaires, à l'exclusion des actes d'éxécution".

(٤٧) وفي ذلك تقول المحكمة في حكمها السابق:

"Est donc entachée d'une nullité d'ordre public pouvant étre invoquée pour la premiére fois devant la Cour de cassation, la mesure par laquelle une cour d'appel a donné commission rogatoire à un juge étranger pour assurer la remise d'un enfant à la personne à qui elle en avait confié la grade".

يقتضي إعمالها اتخاذ اجراء من اجراءات التنفيذ. مثال ذلك أن يكون موضوع الاجراء المراد تنفيذه في الدولة المنابة هو وضع أختام على اموال موجودة في الخارج أو تسليم الصغير الى من له الحق في حضانته؛ وذلك لأن القيام بمثل هذه الاعمال ينطوي على مساس بسيادة الدولة المطلوب اليها اتخاذ هذا الاجراء(٤٨).

في ضوء ما تقدم يلوح أن أول ما يجب تسجيله على حكم محكمة العين الابتدائية محل التعليق هو أن القاضي الاماراتي المنيب أراد أن يقفز فوق القواعد المنظمة لمسألة تنفيذ الاحكام الاجنبية في دولة قطر طالبا الى القضاء القطري أن ينفذ له حكمه بمقتضى الانابة القضائية وهو ما لا يصح اتيانه. ذلك أن من الثوابت القاطعة أنه لا يجوز مطلقا من القاضي الاجنبي أن يطلب تنفيذ حكم اجنبي في دولة الامارات العربية المتحدة عن طريق الانابة القضائية، والعكس صحيح حيث يمتنع على القاضي الاماراتي أن يطلب من نظيره الاجنبي أن ينفذ له حكما اصدره بمقتضى الانابة القضائية. فكل طلب تنفيذ للاحكام الاجنبية لا يمر عبر الطريق الذي يرسمه المشرع في كل دولة لتنفيذ الاحكام الاجنبية هو والعدم سواء، ويمتنع اتيانه ولا يلزم أحداً، وإن تجرأ أحدٌ على طلبه كان مسلكه محل استهجان.

ونظرا لأهمية المسألة، باعتبارها حجر الأساس في التعليق على هذا الحكم، فإن المتأمل في تنفيذ الانابة القضائية وفي مسألة تنفيذ الاحكام الاجنبية يمكن أن يرصد بينهما الفوارق الآتية:

- الانابة القضائية بوصفها طلبا ينصب على موضوع يتمثل في اتخاذ اجراء من اجراءات التحقيق أو غيره من الاجراءات القضائية الواجب اتخاذها للفصل في

(٤٨) راجع في هذا المعنى في الفقه:

Huet, thèse, op. cit., p. 354; procédure civile et commerciale.., op. cit., n° 112; Bellet, op. cit., n° 9; Chatin, op. cit., p. 617.

المنازعة المطروحة لا مجال لها إلا في الفرض حيث تكون الدعوى في مرحلة اجراءات. أي في المرحلة المحصورة بين تاريخ رفع الدعوى وآخر اجراء صحيح سابق على اصدار حكم فيها[٤٩]. فقبل رفع الدعوى لا تثور مسألة الانابة القضائية أصلا، وبعد صدور الحكم يكون المطروح هو أمر آخر: تنفيذ الحكم الاجنبي. وعندئذٍ يتعلق الامر -عند توافر الشروط التي حددها المشرع- بمسألة تنفيذ الحكم، والبحث في آثاره سواء من حيث قوته التنفيذية أم الاعتراف المجرد به من حيث حجيته أو قوته في الاثبات أو اتخاذ الاجراءات الاحتياطية قبل اقترانه بالصيغة التنفيذية.

- ومن جانب آخر فإن نتائج الانابة القضائية تتركز Se localisent في اقليم الدولة المنيبة المرفوعة الدعوى الاصلية أمام محاكمها لأنها تتصل بهذه المنازعة وتتعلق بها وتعد جزءاً منها. أما آثار الاحكام الاجنبية فهى تتركز في اقليم دولة أخرى غير اقليم الدولة التي صدر الحكم عن محاكمها. بالتحديد فوق اقليم دولة التنفيذ. ويكون المطروح على اقليم هذه الدولة إما التنفيذ الجبري للحكم الاجنبي، وإما الاعتراف بحجيته.

- يشترط لتنفيذ الحكم الاجنبي في دولة الامارات العربية المتحدة صحة الاجراءات القضائية المتبعة في اصداره. وفي ذلك تنص المادة ٢/٢٣٥ جـ من قانون الاجراءات الاماراتي على أنه يلزم حتى يكون الحكم ممكن التنفيذ في الدولة أن يكون «الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم الأجنبي قد كُلِفوا الحضور ومُثِلوا تمثيلا صحيحا». والحق أن المقصود بهذا الشرط هو ضرورة أن تكون

(٤٩) مع ملاحظة أن الانابة القضائية لا يُتصوّر طلبها إلا من محاكم أول درجة ومحاكم الاستئناف، أما محكمة النقض، بوصفها محكمة قانون، فلا يكون لها اللجوء للانابة القضائية اللهم إلا إذا تصرفت بوصفها درجة ثالثة من درجات التقاضي في الحالات الاستثنائية التي يكون لها فيها ذلك. (اقرأ المادة ١٨٤ من قانون الاجراءات المدنية الاماراتي).

الاجراءات التي اتبعت بشأن الدعوى التي صدر فيها الحكم الاجنبي سليمة وصحيحة وأن تكون حقوق الدفاع قد روعيت. ومن أهم تطبيقات هذا الحق الاخير مبدأ المواجهة. وتتجلى أهمية هذا المبدأ من خلال النظر الى جوهره المرتكن الى أن العلم أمر ضروري لمباشرة المظاهر الاخرى لحق الدفاع[٥٠].

هذا الشرط ضروري لتنفيذ الحكم الاجنبي. فإن تخلف امتنع التنفيذ اذ لا سبيل -عند التنفيذ- لتدارك هذا الامر. فموضوع دعوى الامر بالتنفيذ هو الحكم الاجنبي المراد تنفيذه في دولة الامارات العربية المتحدة وليس النزاع الذي فصل فيه الحكم. فدعوى التنفيذ ليست دعوى مبتدأة[٥١].

أما في الفرض حيث يتعلق الامر باتخاذ اجراء من اجراءات الاثبات أو التحقيق في الخارج بمقتضى الانابة القضائية فإنه قد يتعذر -من الناحية الواقعية- عند اتخاذ الاجراء في الخارج أن يجري عليه أصول مبدأ حرية الدفاع وفي مقدمتها مبدأ المواجهة. على أنه لما كان هذا الاجراء يخضع لتقدير القاضي المنيب، كان في المقدور تلافي العيب الذي لحق الاجراء عند اتخاذه. فيكون على القاضي مثلا أن يتلافى ما اختل من حقوق الدفاع باطلاع الخصم الآخر على وسائل الدفاع الواقعية والقانونية المتحصلة من الانابة ويمكنه منتقديم مايدعم وجهة نظره، ليقرع الدليل بالدليل والحجة بالحجة. كل ذلك ما دام العلم هذا يتم في الوقت المناسب أو الملائم.

---

(٥٠) الدكتور وجدي راغب، دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الثانية عشر، يناير ١٩٧٦ (مطبعة جامعة عين شمس ١٩٧٨) ص٧٧، أنظر بصفة خاصة ص١٨٤ وما بعدها.

(٥١) راجع في التفاصيل، مؤلفنا الاجراءات المدنية والتجارية الدولية، بيروت ١٩٨٦ ص٤٢ وما بعدها.

- بالإضافة الى ما تقدم فإن الحكم الاجنبي الذي تتوافر فيه شروطه الخارجية ويصدر الأمر بتنفيذه تكون له القوة التنفيذية متى صار نهائيا(٥٢). ويترتب هذا الامر دون أن يخضع الامر لتقدير القاضي الذي يصدر الامر بتنفيذ الحكم الاجنبي. أما في خصوص الانابة القضائية فإن الاجراء المتخذ في الخارج يخضع لتقدير القاضي المنيب ويكون له أن يعوّل عليه أم لا بحسب تقديره دون أن يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا(٥٣).

- إن الانابة القضائية المراد تنفيذها في الخارج تنصب على اجراءات التحقيق أو الاثبات ذات الطبيعة المادية Preuves matérielles والتي تخضع للتقدير والتمحيص واعادة الفحص والدرس أمام القاضي المنيب، بينما نجد أن الحكم الاجنبي الصادر في الخارج ينأى عن كل مراجعة ومراقبة متى توافرت فيه الشروط الخارجية اللازمة لتنفيذه. فالحكم يتمتع من هذه الزاوية بحصانة ضد المراجعة واعادة تقييم أدلة الاثبات فيه(٥٤).

---

(٥٢) راجع في هذه الشروط تفصيلا في مصر، الدكتور عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، ص٨٢٢ وما بعدها، الدكتور فؤاد رياض بالاشتراك مع الدكتورة سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص - الجزء الثاني، ص٤٥٧ وما بعدها، الدكتور هشام صادق، الاختصاص القضائي الدولي، منشأة المعارف - الاسكندرية، ١٩٧٢، ص٢٠٨ وما بعدها، الدكتور أحمد ابراهيم أحمد، طبعة ١٩٩١ - الجزء الثاني ص١٩٩ وما بعدها، الدكتورة حفيظة السيد الحداد، ص٣٢٠ وما بعدها، وفي فرنسا Mayer، القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، ص٢٧٥ وما بعدها.

(٥٣) في هذا المعنى:

A. Huet, les conflits de lois en matière de preuve, Paris Dalloz, 1965, note 44, p. 354.

(٥٤) في هذا المعنى:

Rigaux, Droit international privé, T.2., Bruxelles, 1977, note (23), p. 205; Octavian capatina, op. cit., p. 436.

ثانياً: لا انابة في مسائل القانون العام:

يخرج من نطاق الانابة القضائية كل اجراء من اجراءات التحقيق أو غيره متعلق بمسألة من مسائل القانون العام ما لم يرتبط بأي من هذه المسائل حق من الحقوق الخاصة للأفراد. وعلى ذلك لا تجوز الانابة القضائية لاتخاذ اجراء متعلق بمسألة من مسائل القانون المالي أو الجنائي(٥٥) أو الاداري(٥٦). والعبرة -على كل حال- بطبيعة المسألة ذاتها المتعلق بها الاجراء المراد اتخاذه بمقتضى الانابة القضائية لا بطبيعة المحكمة التي تنظر في النزاع. وينبني على ذلك -في رأينا- أنه لما كان للمدعى المدني في الدعوى المدنية المقامة بالتبعية أمام القاضي الجنائي جميع الحقوق المقررة للخصوم في الدعوى المدنية، ومن ثم يجب اعلانه كما يكون له أن يبدي طلباته وأن يطلب سماع شهود وغير ذلك، فقد يعن للمحكمة أن هناك اجراء يلزم اتخاذه في الخارج متعلق بالدعوى المدنية الهدف منه الحصول على معلومات بشأن مركز المضرور من حيث اليسر أوالعسر ومن حيث الوضع الاجتماعي، وغير ذلك من الظروف التي تؤثر على مقدار التعويض(٥٧). فلا حرج إن تمت الاستعانة بالانابة القضائية لإنجاز هذا الاجراء. على أن اللجوء للانابة القضائية في هذا الفرض مشروط -بطبيعة الحال- بأن يظهر للمحكمة أن طريق الانابة القضائية من شأنه أن يؤدي الى صلاحية الدعوى المدنية للفصل فيها دون تأخير الفصل في الدعوى الجنائية.

---

(٥٥) اللهم إلا اذا تقررت الانابة القضائية في شأن هذه المسائل بمقتضى اتفاقية دولية أو جماعية.

(٥٦) قارن مع ما يقول به في هذا الشأن جانب من الفقه:

Chatin, p. 616 et les réferences citées; Huet, procédure civile et commerciale.., op. cit., n° 113; Bellet, commission rogatoire, Rép. Dalloz, droit international, op. cit., n° 9.

(٥٧) اقرأ المادة ١٧٠ مدني مصري والمادة ٢٩٢ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ والمعدّل بالقانون رقم ١ لسنة ١٩٨٧.

ثالثاً: لا إنابة للفصل في قضية برمتها:

لا يجوز أن يكون موضوع الانابة القضائية تفويض القاضي الاجنبي في الفصل في القضية برمتها. إذ من الثوابت أن الانابة لا يترتب عليها نزع الاختصاص من القاضي المنيب واحلال القاضي المناب بدلا عنه(٥٨). ولو افترضنا جدلا -وذلك فرض نظري بحت- أن قاضيا في دولة معينة فوّض قاضيا اجنبيا بمقتضى الانابة القضائية في الفصل في قضية برمتها عدّ ذلك من قبل الجهة المنيبة اجراءً باطلا بطلانا مطلقا لمخالفة القاضي لحكم القانون الذي يوجب عليه الفصل في المنازعة، وهو بطلان يتحلل في نهاية المطاف الى انكار للعدالة مع ما يترتب على ذلك كله من آثار(٥٩).

{٣} الجهات التي يمكن العهدة اليها بتنفيذ الانابة في الخارج:

متى تعلق الامر بمسألة تجوز فيها الانابة القضائية، فإن السؤال الذي يطرح نفسه: ترى ما هى الجهات التي يمكن للقاضى الاماراتي (المنيب) أن يخاطبها لتنفيذ ما يرسله من انابات قضائية إلى الخارج؟

في هذه القضية المطروحة أرسل رئيس محكمة العين الاتحادية الابتدائية طلبه الى القضاء القطري راجيا إياه "التكرم بالايعاز لمن يلزم لاجراء اللازم"!. فالسبيل الذي ولجه القاضي الاماراتي المنيب لا غبار عليه فيما لو تعلق الامر بمسألة تجوز فيها الانابة القضائية. ذلك أن القاضي الاماراتي المُنيب أمامه أحد سبيلين لطلب

---

(٥٨) في هذا المعنى، Bellet، الانابة القضائية (المسائل المدنية)، موسوعة القانون الدولي، المرجع السابق، بند ١، أستاذنا Couchez، تعليق في المجلة الانتقادية، ١٩٧٤، سابق الاشارة اليه.

(٥٩) اقرأ عن حكم مسئولية الدولة في حالة انكار العدالة مقال الدكتور رمزي طه الشاعر، المسئولية عن اعمال السلطة القضائية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية (مطبعة جامعة عين شمس ١٩٧٨) يوليه ١٩٧٦، ص١-١٩٦، اقرأ بصفة خاصة ١٩٣ وما بعدها.

تنفيذ الانابة القضائية في الخارج. إما أن يعهد بطلبه الى الجهة القضائية المختصة حيث يراد اتخاذ الاجراء، وإما أن يعهد به الى رجال السلكين الدبلوماسي أو القنصلي التابعين لدولة الامارات العربية المتحدة والمعتمدين في الخارج.

هذان الطريقان هما المعروفان في سائر التشريعات وبهما تأخذ الاتفاقات الدولية الثنائية والجماعية. على أن بعض الدول، مثل انجلترا وامريكا، تعرف طريقا ثالثا يتمثل في ارسال أحد القضاة الانجليز أو الامريكيين الى الخارج لاتخاذ اجراء التحقيق، أو تفويض واحد من آحاد الناس العاديين للقيام بهذه المهمة. هذا الطريق غير معروف في دول النظام اللاتيني ولا في الدول العربية ولا يتصور قبوله في دولة الامارات العربية المتحدة.

هذا، وقد قنن المشرع الفرنسي في قانون المرافعات الفرنسي لسنة ١٩٧٥ هذين الامرين في نص صريح ضمنه المادة ٧٣٣ والتي يجري حكمها على أنه «يمكن للقاضي المنيب (الفرنسي)، سواء بناءً على طلب أحد الخصوم أم من تلقاء نفسه، أن يطلب اتخاذ اجراءات التحقيق في دولة اجنبية، أو أية اجراءات أخرى يراها ضرورية، وذلك بمقتضى انابة قضائية لكل سلطة قضائية مختصة في هذه الدولة أو للسلطات الدبلوماسية أو القنصلية الفرنسية المعتمدة فيها»، فهذا النص قنن التراث القضائي والاجماع الفقهي الذي كان مستقرا حول هذه المسائل[٦٠]. ونلقي الضوء على هذين الطريقين:

أولاً: انابة الجهة القضائية الاجنبية:

متى كان من الجائز العهدة الى القضاء في دولة الامارات العربية المتحدة بتنفيذ الانابات القضائية المرسلة اليه من الخارج، فمن الطبيعي أن يكون للقضاء الاماراتي -وهذا هو مقتضى شرط الالتزام المتبادل- أن ينيب الجهة القضائية

(٦٠) Huet، الاجراءات المدنية والتجارية في العلاقات الدولية، سابق الاشارة اليه، فقرة ١١٤.

المختصة في الدولة الاجنبية. ويجري العمل في القانون المقارن على اتباع جملة ضوابط في خصوص هذه المسألة يمكن الاستفادة منها في دولة الامارات العربية المتحدة:

- اذا اختارت الجهة القضائية المنيبة في دولة الامارات هذا الطريق القضائي فليس لها أن تعهد بتنفيذها الى الجهات القنصلية أو الدبلوماسية المعتمدة للدولة في الخارج. ولا يشفع لهذا الازدواج في الانابة أن تقرر الجهة القضائية الاماراتية أنه يمكن أن تحل أي من الجهتين محل الاخرى في تنفيذ طلب الانابة. فذلك غير مقبول لأن الجهتين لا تخضعان لسيادة وطنية واحدة. ويجب أن يقع الاختيار بين هذه الجهة وتلك من مبدأ الامر عندما تتخذ السلطة القضائية الاماراتية قرارها باللجوء الى الانابة القضائية على ضوء المزايا التي يمكن أن تتحقق من وراء هذا الطريق أو ذلك(٦١). وفي فرنسا يبدو هذا المعنى واضحا من نص المادة ٧٣٣ من قانون المرافعات الفرنسي التي تجعل العهدة بأمر تنفيذ الانابة المرسلة للخارج «إما للهيئة القضائية المختصة في الدولة الاجنبية» و «إما للسلطات الدبلوماسية أو القنصلية الفرنسية».

- بمقتضى هذا الطريق تكون العهدة «للهيئة القضائية الاجنبية المختصة». بيد أن تحديد هذه الهيئة بدقة أمر تحف به المخاطر. فقد يستعصي على القاضي المنيب أن يحدد بدقة الاختصاص النوعي أو المكاني لهذه الجهة، الامر الذي قد تكون نتيجة الخطأ فيه هى عدم تنفيذ الانابة القضائية في الدولة المرسلة اليها. ولتلافي مثل هذه المخاطر يجري العمل في القانون المقارن على أنه ليس من اللازم أن يكون تحديد هذه الجهة المختصة معينا بدقة سواء من ناحية الاختصاص

---

(٦١) أنظر في هذا المعنى في الفقه الفرنسي:
Chatin, Rev. crit. 1977, p. 620; Huet, J. cl. droit int., Fasc. 583, op. cit., n° 114.

النوعي أو المحلي. وأن من الافضل في مثل هذا الفرض أن تأتي انابة السلطة القضائية الاجنبية في صيغة عامة بأن يقال، مثلا، "يعهد بتنفيذ هذه الانابة لكل هيئة قضائية مختصة" في الدول المراد فيها اتخاذ الاجراء القضائي موضوع الانابة(٦٢). ولعل هذا المعنى هو ما قصده القاضي الاماراتي المنيب حين خاطب القضاء القطري ملتمسا منه "الايعاز لمن يلزم لاجراء اللازم".

- يجب أن تصدر الانابة القضائية متضمنة لكافة البيانات المتعلقة بمسألة تنفيذ الانابة من قبل الجهة القضائية في الدولة المنابة. ويلزم أن تأتي الانابة في هذا الشأن «كاملة وواضحة بقدر الامكان» حتى لا يتعذر تنفيذها في الخارج. والحال كذلك فإنه يلزم أن تأتي متضمنة الهيئة القضائية الصادر عنها طلب الانابة وأطراف الخصومة وعناوينهم، وعند الاقتضاء، ممثليهم ومواطنهم أو محال اقامتهم، وموضوع الدعوى وبيان موجز لوقائعها وكذا موضوع الانابة ذاتها المتمثل في اجراء التحقيق وجمع الأدلة أو الاجراءات القضائية الاخرى المراد اتخاذها. واذا تعلق الامر بسماع شاهد مثلا في الخارج فيتعيّن ذكر اسمه بوضوح وعنوانه(٦٣).

- لكن هل يمكن للقاضي الاماراتي أن يحدد ميعادا للجهة القضائية الاجنبية المنابة يلزم خلاله أن يقوم بتنفيذ الانابة؟

(٦٢) Japiot, Rép. la Pradelle et Niboyet, v° commission rogatoire, n° 39, Bellet, op. cit., n° 11; Huet, op. cit., n° 115, Chatin, Rév. crit., 1977, op. cit., p. 620 pour qui "pour limiter les risques d'erreur la formule de la délégation droit révêtir un caractère générale". Elle est donnée "à toute autorite judiciaire compétence" de l'Etat requis ou à "toute autorité consulaire Française compétente" sans précision sur la compétence territoriale de cette autorité".

(٦٣) Bellet, op. cit., n° 12; Huet, op. cit., n° 116; Chatin, op. cit., p. 620.

يكاد ينعقد الاجماع في الفقه الفرنسي[٦٤] ومعه جانب كبير من احكام القضاء[٦٥] على أنه لما كان تنفيذ الانابة القضائية لا يعدو أن يكون عملا تطوعيا غير ملزم أساسه المجاملة الدولية، فإنه ليس للقاضي المنيب أن يحدد للقاضي المناب مدة يلزم تنفيذ الانابة القضائية خلالها. على أن ذلك لا يعني أنه يغدو محظورا تماما على القاضي المنيب أن يلتمس من نظيره المناب امكانية تنفيذ الانابة خلال مدة محددة، كأن يذكر مثلا أن الظروف الخاصة بالقضية المعروضة أمامه والمتعلق بها الاجراء موضوع الانابة تقتضي الحصول على عدالة سريعة، أو أن يرجوه بأن يكون التنفيذ في أسرع وقت ممكن، أو أن يفصح له عن تمنياته بأن يتم التنفيذ في وقت معقول[٦٦].

والذي نراه أن مثل هذه المعاني المتمثلة في أن يطلب القاضي المنيب من المناب أن يتم التنفيذ في مدة معقولة أو مقبولة أو أن يحدد له مدة، أو أن يلتمس ذلك منه أو أن يجعله في صورة رجاء، كلها امور لا تتعارض مع كون الانابة ملزمة. فإذا كان التبادل بين دولتي القاضي المنيب والمناب يجري على تحديد ميعاد كان ذلك ملزما. وما دام الالتزام تبادليا فلن يجد أي من القاضيين نكيرا أو نفورا من تحديد الميعاد. غاية ما هنالك أن لغة التخاطب هى التي يجب أن تستظلها اعتبارات الالتماس والرجاء. فوق ذلك نحن بصدد انابة قضائية دولية لا بصدد انابة داخلية. ويخطىء من يظن أن الالزام للانابة من أساسها ينتفي اذا لم يكن في مقدور القاضي المنيب أن يضرب للقاضي المناب أجلا -على غرار ما هو مقرر في الانابة الداخلية- يلتزم خلاله بتنفيذ الانابة. فطبيعة العلاقات الخاصة الدولية تقتضي منا أن نصوغ في فهمنا للانابة القضائية الدولية نظاما خاصا يتفق وطبيعة هذه العلاقات دون أن

(٦٤) Japiot, op. cit., n° 68; Huet, op. cit., n° 116; Gavalda, Rév. crit. 1964, op. cit., p. 27, Bellet, op. cit., n° 12, Chatin, Rev. crit. 1977, p. 619.

(٦٥) Trib. civ. Tunis 10 Juin 1908, Rev. crit. 1909, p. 843.

(٦٦) في هذا المعنى Japiot، المرجع السابق، بند ٧٠.

ينال هذا التنظيم الخاص لها من طابعها الملزم.

- يجب أن يرفق بهذه الانابة تعهد من أطراف الخصومة بأن يدفعوا كافة نفقات تنفيذ الانابة القضائية في الخارج اللهم إلا اذا كان الاطراف مستفيدين من نظام المساعدة القضائية الذي تقرره الدولة الاجنبية المنابة ذاتها(٦٧).
- تحرر طلبات الانابة وكذا كافة المستندات والأوراق المرفقة بها باللغة الرسمية للدولة المنابة، وإلا لزم أن تُرفق بها ترجمة بهذه اللغة. وفي حالة الترجمة يجب أن تكون مختومة بخاتم الجهة المنيبة(٦٨).

ثانياً: إنابة رجال السلكين الدبلوماسي والقنصلي لدولة الامارات:

الجهة الثانية التي يمكن للسلطات القضائية الاماراتية أن تعهد اليها بتنفيذ الانابة القضائية في الخارج تتمثل في رجال السلكين القنصلي والدبلوماسي للدولة المعتمدين في الخارج. ويمكن اللجوء الى هذا الطريق -بطبيعة الحال- ولو لم يكن بين دولة الامارات العربية المتحدة والدولة الاجنبية المعتمد فيها هؤلاء الاشخاص ارتباط بمقتضى اتفاقية دولية. وعلى هذا الامر كان يجري العمل في القانون الفرنسي(٦٩) الى أن تم تقنينه صراحةً بمقتضى المادة ٧٣٣ من قانون المرافعات

(٦٧) Bellet, op. cit., n° 14, Chatin, op. cit., p. 621; Huet, op. cit., n° 116.

(٦٨) Bellet, op. cit., n° 14, Chatin, op. cit., p. 621; Huet, op. cit., n° 117.
وتجدر الاشارة الى أن ترجمة طلب الانابة وملحقاتها وسائر الأوراق المرفقة بها ليس بالأمر اللازم اذا كانت الانابة لدولة من الدول العربية، أو الى رجال السلك القنصلي أو الدبلوماسي الاماراتيين في الخارج، أو اذا أرفق بالانابة تعهد بدفع كافة نفقات الترجمة التي ستتم في دولة تنفيذ الانابة.

(٦٩) Civ. 31 Juill. 1918-1919. 1. 115, Req. 10 mars 1923, D.H. 1924. 243, cour de corfou 1934, clunet 1935, 205; civ. 19 Juill, Bull. civ. 1955, 1., n° 314. v. Bellet, op. cit., n '5; Picard, op. cit., n° 9; Huet, les conflit des lois en matière de preuve, 1965, n° 295, p. 349 et s; Gavalda, les commissons rogatoires internationales en matiere civile et commerciale, Rev. crit., 1964, p. 23 et note (3).

الفرنسي لسنة ١٩٧٥. ويلاحظ بشأن الانابات القضائية التي تنفذ عن هذا الطريق الآتي:

- لا يلزم في هذه الحالة أن يكون طلب الانابة القضائية والوثائق والمستندات المرفقة به مترجما، بحسبان أن الجهة التي تقوم بتنفيذ الانابة هنا هى جهة وطنية معتمدة للعمل في الدولة التي يطلب فيها تنفيذ الانابة القضائية.

- يكون رجال السلكين الدبلوماسي والقنصلي لدولة الامارات المعتمدين في الخارج ملزمين بتنفيذ الانابة القضائية(٧٠). وأساس الالزام هنا ليس فكرة التعايش المشترك بين النظم القانونية التي يفرضها العرف الدولي، وإنما أساسه قائم على أن هذه السلطات هى سلطات وطنية بحتة تعمل في الخارج وفق مقتضيات معينة أرستها قواعد القانون الدولي العام. وبعبارة أخرى، فإن الانابة القضائية المعهود بها الى رجال السلكين القنصلي والدبلوماسي تكون ملزمة بمقتضى القواعد المقررة في قانون الدولة المنيبة نفسها. والحال كذلك فإن قانون الدولة المنيبة هو الذي يحدد الجزاء المترتب على تقاعسهم عند تنفيذ الانابة القضائية وما اذا كان هذا المسلك منهم يُعدّ انكارا للعدالة أو مجرد مخالفة لقاعدة تنظيمية ذات طبيعة ادارية(٧١).

يبقى أن نؤكد أنه لا يكفي لالتزام رجال السلكين الدبلوماسي والقنصلي لتنفيذ الانابة القضائية أن تكون الدولة التي يمثلونها تعترف لهم بأهلية القيام بهذا العمل، وإنما يجب أن تقرهم الدولة الاجنبية التي يعملون فيها على القيام بهذا العمل سواء

(٧٠) Huet, thèse, op. cit., p. 353 note 81; J. cl. dr. int., Fasc. 583, op. cit., n° 119; Bellet, op. cit., n° 15; Japiot, op. cit. n° 41-42.

(٧١) في هذا المعنى، في الفقه الفرنسي، Japiot، موسوعة دولابراديل ونبوييه، تحت عنوان الانابة القضائية (المسائل المدنية)، المرجع السابق، بند ٤٤، وقارن مع ذلك، Bellet، المرجع السابق، بند ١٥ والمراجع المشار اليها فيه، حيث يرى أن امتناعهم ينطوي دائما على "انكار للعدالة".

أكان ذلك صراحةً أم ضمنا بألا يصدر عنها أي اعتراض. فعدم الاعتراض هو بمثابة اقرار ضمني(٧٢). ذلك أن بعض الدول تتسامح ازاء إتيان هذا العمل ولا ترى فيه نكيرا إذ هو عندها غير ماس بسيادتها على اقليمها، بينما ذهب البعض الآخر من الدول الى غير ذلك(٧٣).

هذا وحتى يكون ميسورا على رجال السلكين الدبلوماسي والقنصلي تنفيذ الانابة القضائية المرسلة اليهم من دولتهم، فإنه يجب على الهيئة القضائية المنيبة أن تحدد بدقة الاجراء أو الاجراءات المراد اتخاذها. فإن تعلق الامر بسماع شاهد أو شهود وجب ذكر اسمائهم وعناوينهم مرفقا بذلك كله -كما سبق أن رأينا- ملخص لوقائع الدعوى المتعلق بها الاجراء المراد اتخاذه وكافة الأوراق والمستندات المتعلقة بالانابة. ويكفي أن يقال عند ارسال الانابة في هذه الحالة: «الى الهيئة الدبلوماسية أو القنصلية المختصة في دولة كذا»، ففي ذلك الكفاية لتحديد الجهة التي يتعين عليها القيام بالعمل، ويكون تحديد الاختصاصات الاقليمية لهذه الجهات في الخارج موكولا اليها هي وحدها.

والذي لا شك فيه أن اللجوء الى رجال السلكين القنصلي والدبلوماسي لتنفيذ الانابات القضائية في الخارج أمر لا يخلو من العديد من المزايا: فطلب الانابة وسائر ما يتعلق به من بيانات لا يحتاج الى ترجمة. أضف الى ذلك فإن هؤلاء الاشخاص لا يتصرفون، إلا وفقا للقانون الاماراتي، فهو وحده الذي يبيّن لهم

---

(٧٢) Japiot, op. cit., n° 42; Gavalda, Rév. crit., 1964, p. 24; Bellet, op. cit., n° 15; Huet, thèse, op. cit., p. 350, Batiffol et Lagarde, op. cit., n° 739; Picard, op. cit., n° 9, Ponsard, la convention de la Haye du 1er mars 1954 relative a la procédure civile, Communication au Comité Français de droit international privé, Travaux 1960-1962, p. 44.

(٧٣) Gavalda، الانابات القضائية الدولية في المسائل المدنية والتجارية، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، ١٩٦٤، ص١٥، أنظر بصفة خاصة ص٢٤ وهامش (١) من ذات الصفحة.

سلطاتهم والاشكال التي يمكن أن تتم وفقا لها الاجراءات المتخذة[٧٤]. والتحقيق الذي يجري بواسطتهم أو اليمين الذي يوجّه على وجه مخالف للقانون الاماراتي يكون غير ذي قيمة[٧٥]. الى ضميمة ما تقدم فإن تنفيذهم للانابة عادة ما يكون مجانيا. وتبدو في ناظرينا أهمية اللجوء الى هذا الطريق بشأن تنفيذ الانابة القضائية بالذات في الدول الاجنبية التي يختلف نظامها القانوني وفلسفة نظامها القضائي اختلافا بينا عن النظام الاماراتي وكذا بالنسبة للدول التي تجهل نظمها القضائية والقانونية[٧٦].

ورغم هذه المزايا العديدة إلا أن ثمة اعتبارات قانونية وعملية تحد من اللجوء الى طريق انابة الممثلين الدبلوماسيين والقنصليين، أبرزها أن ليس لهؤلاء الاشخاص سلطة الجبر أو الاكراه لحمل الشهود أو الخصوم أو الغير الذي يحوز مستندا مثلا على المثول أمامهم حتى يمكن تنفيذ اجراء التحقيق موضوع الانابة[٧٧]. وكل ما لهم من سلطة في مواجهتهم هو استدعاؤهم بخطاب عادي لدعوتهم فيه للحضور. فالجبر والاكراه من السلطات التي تقتصر على السلطات العامة في الدولة الاجنبية وحدها، وليس لأحد غيرها أن يأتيه وإلا كان في ذلك مساس بأمن هذه الدولة وسيادتها، فيكون من ثم محظورا. ويمتنع على رجال السلك الدبلوماسي والقنصلي ذلك حتى في مواجهة رعايا دولتهم في الخارج. فليس للسلطات الدبلوماسية أو القنصلية في

(٧٤) في هذا المعنى في الفقه الفرنسي، Gavalda، المجلة الانتقادية، ١٩٦٤، المرجع السابق، ص٢٤، Bellet، المرجع السابق، بند ١٦.

(٧٥) في هذا المعنى في فرنسا، Huet، تنازع القوانين في مسائل الاثبات، المرجع السابق، ص٣٥٧.

(٧٦) في هذا المعنى في فرنسا، Gavalda، التعاون الدولي في مسائل الاجراءات المدنية، المرجع السابق، ص٣٤٠.

(٧٧) Bellet, op. cit., n° 15, Gavalda, Rév. crit. 1964, op. cit., p. 24 note 11; Batiffol et Lagarde, op. cit., n° 710، وفي مصر، الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص٨١٤، الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص١٨٣.

الدول الاجنبية أن تمارس سلطة الجبر والاكراه حتى على الرعايا الاماراتيين الموجودين في مقر البعثة الدبلوماسية للعلة المذكورة.

يبقى أن نتساءل: إذا عهد بتنفيذ الانابة القضائية في الخارج لرجال السلك الدبلوماسي أو القنصلي لدولة الامارات، فهل يمكن لهم اتخاذ اجراء من اجراءات التحقيق في مواجهة الوطنيين وغير الوطنيين في دولة المقر التي يمارسون فيها عملهم؟

ابتداءً نقرر أن تنفيذ الانابة القضائية بمقتضى هذا الطريق يجب أن تجيزه دولة المقر الاجنبية إن صراحةً أو ضمنا بألا تعترض عليه. والحال كذلك فالغالب ألا تسمح الدولة الاجنبية التي يوجد بها رجال السلك الدبلوماسي والقنصلي بأن يتخذ الاجراء موضوع الانابة في مواجهة أحد رعاياها. وإذا كان الشخص يحمل جنسية دولة التنفيذ وجنسية دولة البعثة الدبلوماسية أو القنصلية فعادة ما تحسم هذه المسألة على اعتبار هذا الشخص حاملا لجنسية الدولة التي يتم فيها تنفيذ الانابة القضائية. ويمتنع عندئذٍ اتخاذ الاجراء في مواجهته عبر هذا الطريق.

ونرى أنه يمكن للسلطات الدبلوماسية أو القنصلية التابعة لدولة الامارات العربية المتحدة في الخارج أن تباشر الاجراء موضوع الانابة القضائية سواء تعلق الامر بمواطن اماراتي في الخارج أم بأجنبي من غير رعايا الدولة التي يتم فيها تنفيذ الانابة. كل ذلك مشروط، بطبيعة الحال، بألا تعترض دولة المقر على قيامهم بمثل هذا الامر.

وأيا كان الامر فإن الجهة المنيبة تلج أيا من هذين الطريقين على ضوء ما تقدره بالنظر الى كل حالة على حده وما ترى أنه الطريق الذي يمكن أن تتحقق معه العدالة دون ابطاء أو تمهل. ونحن من جانبنا نحبذ اللجوء الى انابة الجهات القضائية الاجنبية خصوصا في القضايا المعقدة ذات الطابع الفني والتي تحتاج الى خبرة

القاضي وعلمه وقدرته على اتخاذ الاجراء. ونرى أن أقصر السبل هو ارسال الانابة مباشرة من الجهة القضائية المنيبة الى الجهة القضائية المنابة. ولا جناح على الجهة المنيبة ان استعانت برجال السلك الدبلوماسي في الدولة الاجنبية التي يتم فيها التنفيذ ليخاطبوا الجهة القضائية الاجنبية راجين إياها الاسراع بتنفيذ الانابة. وهذا هو عين الطريق الذي ولجته جهة القضاء الاماراتية ممثلة في رئيس محكمة العين الاتحادية الابتدائية وإن كان طلبه لم يُلبّى لأنه سلك طريق الانابة القضائية في شأن مسألة لا تجوز فيها الانابة.

" النـــدوات والمحاضـــرات "

{ هذا الجزء من المجلة غير محكم }

العدد الثامن في جماد الثاني ١٤١٥ هـ - الموافق نوفمبر ١٩٩٤م

تطور كليات القانون

في

الولايات المتحدة الأمريكية *

بقلم

د. هادف راشد العويس

---

* قدمت هذه المحاضرة في يوم الثلاثاء الموافق ١٩٩٤/٥/١٠م بمبنى الكلية بالمعهد الإسلامي بالعين . وهي واحدة من سلسلة محاضرات تأتي في إطار جهود الكلية في تطوير طرق التدريس في الشريعة والقانون .

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

تطور كليات القانون في الولايات المتحدة الامريكية

-١-

بداية ارتباط كليات القانون مع الجامعات واستخدامها لطريقة القضايا

تأثرت ممارسة مهنة القانون في أمريكا وقت قيام الثورة الأمريكية بالسوليستر الإنجليزي أكثر من تأثرها بالباريستر (السوليسترهو بشكل أساسي الذي يعطي الإستشارات القانونية ويتعامل مع الجمهور والبارسيتر هو الذي يترافع أمام المحاكم العليا) .

وبناءً على ذلك فقد كان الدخول إلى مهنة القانون (وذلك تأثراً بالنظام الانجليزي للسولستر) يقوم على فترة من التدريب على يد أحد المحامين بالإضافة إلى اختبار رسمي .

تطور نظام التدريب المهني اللازم للترخيص لممارسة مهنة المحاماة إلى تكوين كليات قانون خاصة . هذه الكليات ناشئة عن تطور بعض مكاتب المحامين الذين ثبت نجاحهم في تدريب الراغبين في الترخيص لممارسة المحاماة.

وتزامن مع الثورة الأمريكية ظهور الكليات الجامعية في أمريكا وهي

تختلف عن اكسفورد وكيمبرج في بريطانيا وذلك لكون الكليات الأمريكية مفتوحة لاستقبال الطلاب من مختلف الطبقات الاجتماعية بعكس الكليات البريطانية .

ومنذ البداية كان المسؤولون عن تنظيم مهنة المحاماة ينظرون نظرة تفضيلية لخريجي الكليات الجامعية وذلك عند التقدم لاختبارات الدخول في المهنة .

واستمرت العلاقة الجيدة بين الكليات الجامعية ومهنة المحاماة مما أدى إلى تقبل الكليات لدراسة القانون فيها. بدأت الكليات الأمريكية في تعيين أساتذة للقانون ، ولكن معظم دراسة القانون كانت كجزء مكمل للدراسة في الكليات للحصول على الدرجة الجامعية .

واستمرت الدراسة المهنية للإعداد لمهنة المحاماة في الكليات الخاصة . ونتيجة لذلك اعتبرت دراسة القانون هي دراسة مهنية وليست دراسة لعلم من العلوم الإجتماعية .

في ١٨٢٠ وما بعدها بدأت ظاهرة جديدة وهي دخول الكليات الخاصة للقانون تحت مظلة الكليات الجامعية وذلك لأسباب عديدة منها أن الكليات الجامعية هي الوحيدة التي تستطيع منح الدرجات الجامعية ومنها رغبة كليات القانون في الإستفادة من سمعة وشهرة الكليات الجامعية .

مع مرور الوقت ومع تناقص أعداد القضاة والمحامين الإنجليز ومع ازدياد أهمية المحاكم العليا في الولايات والمحكمة الإتحادية العليا في واشنطن بدأت

التشدد للذين يرغبون في الدخول لمهنة القانون .

وانتشر شرط الدخول إلى امتحان كتابي للدخول لمهنة القانون بالإضافة إلى اشتراط فترة محددة من الدراسة أو التدريب القانوني المنظم .

واستغلت بعض الولايات هذا التطور ورغبة في تشجيع أعداد أكبر من الطلاب على الإلتحاق بكليات القانون أعطت الحق لهذه الكليات في الترخيص لمهنة المحاماة بمجرد حصول الطالب على شهادة التخرج من الكلية ولكن البعض استغل ذلك لتجنب الدخول في الامتحان المهني .

ولكن نقابات المحامين رفضت فكرة السماح للبعض بالدخول للمهنة دون النجاح في الامتحان المهني ، وأحست هذه النقابات بأن حق التحكم في الدخول للمهنة استولت عليه كليات القانون بدلا من النقابات .

وكان النقاش يدر حول أن كليات القانون هي كليات خاصة وأن مهنة المحاماة هي مهنة عامة (المحامي يعتبر شبيها بالموظف) ولا يمكن القبول بفكرة أن تتولى جهة خاصة مهمة الترخيص للمحامين أو (تعيينهم بمهنة عامة) .

حتى عام ١٨٧٠ لم يكن في أمريكا جامعات حديثة ، كل ما كان بها هو كليات تقليدية يتم فيها تدريس اللغات اللاتينية والانجليزية والفلسفة والرياضيات وتمنح هذه الكليات دبلومة موحدة لخريجيها دون التخصص في علم من العلوم .

في عام ١٨٦٩ تم تعيين تشارلز إليوت كرئيس لجامعة هارفارد وبدأ في إنشاء التخصصات المختلفة في الجامعة وتبعته جامعات أخرى في انشاء التخصصات المختلفة بها وهذه كلها جامعات خاصة .

وكان تدريس القانون إلى ذلك الوقت في الكليات المملوكة ملكية خاصة للمحامين وقد تم في فترة سابقة ضم بعض كليات القانون الخاصة لبعض الجامعات ، لكن هذه الكليات احتفظت بكل صفاتها وإجراءاتها السابقة دون أي تغيير وكانت عبارة عن مدارس مهنية ملحقة بالجامعات وليست مندمجة بها .

ومن هذه الكليات كلية القانون المرتبطة بكلية وهارفارد والتي تم تعيين كريستوفر لانجديل عميدا لها في عام ١٨٧٠ . هذه الكلية لم يكن لها أي علاقة بهارفارد (كانت هارفارد تدعى كلية هارفارد وتحولت إلى جامعة هارفارد) . وكانت مدرسة القانون بديلا للدراسة في كلية هارفارد . فالطالب يختار إما أن يدرس في مدرسة القانون أو في الكلية .

وبالتالي كانت دراسة القانون في السنوات الثلاثين الأخيرة من القرن التاسع عشر والسنوات العشرين الأولى من القرن العشرين دراسة جامعية وليست بمستوى الدراسات العليا .

منذ ١٨٧٠ أخذت هارفارد دور القيادة في تطوير دراسة القانون في

أمريكا ، وارتبط ذلك بتعيين اليوت رئيسا للجامعة ولانجديل عميدا لكلية القانون. بقيادة لانجديل تم تنظيم دراسة القانون وربطها بشكل أقوى بالجامعات فأصبحت دراسة القانون دراسة جامعية معترفا بها وليست مجرد تدريب مهني . وقد أثرت جامعة هارفارد على بقية الجامعات الأمريكية التي تبنت التطوير الذي حصل في جامعة هارفارد .

نجح لانجديل في تحويل دراسة القانون إلى دراسة تحليلية للأحكام الإستئنافية سعيا وراء تكوين العقلية القانونية وكذلك كان يسعى إلى تحويل دراسة القانون إلى ثلاث سنوات تبدأ بعد الحصول على درجة الباكالوريوس .

نجح لانجديل في جعل دراسة القانون لمدة ثلاث سنوات ولكن ليس في مستوى الدراسات العليا وسميت الدرجة العلمية (L . L . B) وذلك في سنة ١٨٩٩ .

مع بداية الحرب العالمية الأولى تحولت درجة القانون إلى مستوى الدراسات العليا في اثنتين من الجامعات (هارفارد وبنسلفانيا) ولكن معظم الجامعات الأخرى كانت درجة القانون في مستوى الدرجة الجامعية العادية مثل بقية التخصصات الأخرى .

ولكن مع مرور الزمن وفي ١٩٢١ سجل أحد الباحثين أنمنزيدا من الجامعات كانت تشترط الحصول على درجة جامعية قبل دراسة القانون في كليات القانون .

ولم يكن التغيير سهلا حيث أدى ذلك وبصورة مباشرة إلى انخفاض أعداد الطلاب الداخلين إلى كليات القانون مما يعني مشاكل مالية لهذه الكليات حيث أن هذه الكليات كانت تعتمد في تمويلها على الرسوم التي يدفعها الطلاب .

قبل بداية هذا القرن كانت مدارس وكليات القانون مدارس فنية مهنية وتوصف بأنها من الدرجة الثانية مقارنة ببقية التخصصات الجامعية ، فالطلاب الذين ترفضهم الجامعة يمكن أن يجدوا قبولا في كليات القانون، ولكن كل ذلك تغير مع مرور الوقت ومع ازدياد الإقبال على ممارسة مهنة المحاماة .

كانت جامعة هارفارد قائدة في التغيير وشمل التغيير نوعية أعضاء هيئة التدريس فبعد أن كان التدريس يقتصر على المحامين ذوى الخبرة العملية بدأت هارفارد في تعيين أكاديميين ليس لهم خبرة عملية كبيرة ولكنهم يتميزون بأن قدراتهم التدريسية متميزة ، فالخبرة التي بدأت هذه الجامعة تطلبها للأساتذة ليست الخبرة في تطبيق القانون عمليا ولكنها الخبرة في تعلم القانون ، فمن كانت له مثل هذه الخبرة يستطيع أن يعلم غيره .

وكان لهذا التغيير في نوعية أعضاء هيئة التدريس أثرا في إبعاد كليات القانون عن صفتها السابقة ككليات فنية وجعلها تقترب من حقول المعرفة الأكاديمية الأخرى .

ونتيجة أخرى للتغييرات الجديدة هي فصل مهنة القانون عن تدريس القانون

وأدى ذلك إلى تكوين منظمة كليات القانون الأمريكية بجانب النقابة الأمريكية للمحامين .

التغييرات التي حدثت في هارفارد والتي أثرت على مجال تدريس القانون في أمريكا كانت في ابتداع طريقة جديدة لتدريس القانون ومستوى علمي جديد لكليات القانون بالإضافة إلى نوعية جديدة لأعضاء هيئة التدريس .أما بالنسبة لمقررات التدريس فلم يشملها التطوير الذي حصل في بقية الشؤون في كليات القانون .

كانت مناهج كليات القانون تركز بشكل واضح على الجانب المهني ، وبدأت بعض الجامعات في إدخال مواضيع جديدة من العلوم الإنسانية لتبعد عن نفسها صفة المدارس الفنية ولترتبط بشكل أكبر بطبيعة الدراسة الجامعة ذات الصفة الأكاديمية .

وكان التساؤل في كثير من كليات القانون هو هل الأفضل أن يتعلم الطلاب القانون الموجود في ولاياتهم وهي مكان العمل المتوقع لهم أم أن الأفضل أن يتعلموا الطريقة القانونية التي تمكنهم من العمل في أي مكان في الولايات المتحدة، الطريقة التي اقترحها وطبقها لانجديل في هارفارد تعود الطلاب علي التفكير بعقلية قانونية . يمكن أن تفيد الطالب في أي مكان يريد أن يمارس فيه مهنة المحاماة .فالنقاش هو هل نعلم الطلاب القانون المطبق أم نعلمهم طريقة التفكير التي تمكنهم من معرفة القانون في المخستقبل .

طريقة استعمال القضايا تقوم على تعليم التفكير القانوني أكثر من تعليم القواعد التفصيلية أو التدريب المهني .

ولذلك فإن الكليات التي تعتمد على طريقة القضايا لتعليم التفكير القانوني تتصف بأن عدد المواد فيها قليل مقارنة ببقية الكليات ومع مرور الوقت كانت الغلبة للكليات التي تعلم طريقة التفكير القانونية وبالتالي كانت المواد الإلزامية قليلة نسبيا مع إضافة بعض المواد الاختيارية ، وتأكد تغلب طريقة كلية القانون بجامعة هارفارد في ١٩٢٠ حيث أن كل كليات القانون الكبيرة كانت تتبع طريقتها .

-٢-

استخدام طريقة القضايا في التدريس وانتشارها في كليات القانون المختلفة وتوسع أعداد كليات القانون

انتشرت الروح العلمية في الجامعات الأمريكية في دراسة التخصصات المختلفة فدراسة التاريخ والسياسة مع بداية هذا القرن بدأت تركز على الطبيعة العلمية والفلسفية لهذه العلوم .

وكان ابتداع طريقة القضايا في دراسة القانون متناسبا مع انتشار الروح العلمية التي تتساءل عن السبب والمبرر للقاعدة القانونية وليس فقط عن حفظ هذه القاعدة ومعرفة وجودها .وتعتمد على تعليم الطالب منهم اكتشاف القاعدة القانونية دون تلقينه محتوى القواعد والمبادىء القانونية .

ارتبط استخدام القضايا في دراسة القانون باسم كريستوفر لانجديل .
ويفترض لانجديل أن القانون علم
ولذلك فهو مناسب للتعليم في الجامعات .

ويفترض لانجديل أن القانون يقوم على بعض القواعد التي يجب الإلمام بها ليتمكن الشخص من تطبيقها على مختلف مستجدات الحياة الانسانية ، وبهذه الطريقة يتكون القانوني الحقيقي .

وأفضل طريقة في نظر لانجديل لمعرفة القواعد والمبادىء القانونية هي دراسة القضايا التي تحتوي على هذه القواعد . ويقوم افتراض لانجديل على أن القواعد القانونية أقل بكثير مما يتصوره عامة الناس .

والقضايا التي ركز عليها لانجديل لاكتشاف المبادىء القانونية هي القضايا الاستئنافية . وكما يقول لانجديل فإن القواعد القانونية المكتشفة بهذه الطريقة لا تنتمي لولاية معينة بل تتجاوزها للولايات الأخرى وكذلك تتجاوزها إلى بلدان أخرى.

ويفترض لانجديل في نظام دراسة القضايا بأنه يعطى مبادىء يمكن تطبيقها على القضايا المستجدة وفي أي مكان وليس بالضرورة في مكان جغرافي معين ، كل ذلك كان يتعارض مع الفكرة السابقة بأن دراسة القانون في الولايات كانت تقوم على دراسة القانون المطبق في نطاق كل ولاية للذين يريدون أن يمارسوا العمل القانوني في تلك الولاية .

مع مرور الوقت بدأت تتضح مزايا طريقة القضايا وتبين أنها لا تعلم الطلاب القواعد الموجودة بقدر ما تعلمهم كيف يفكرون بعقلية قانونية ، كيف يستكشفون المبادىء وكيف يمكن أن يناقشوا أي قضية تعرض عليهم . طريقة القضايا تعلم أسلوب ومنهج تفكير قانوني وليس بالضرورة محتوى القواعد القانونية .

ويتطلب أسلوب القضايا في تدريس القانون كتب القضايا والتي تقسم بناءً علي الموضوعات ويتم اختيار هذه القضايا بناء على تشويق الوقائع الموجودة بها ونوعية الأحكام وتطور المبادىء التي سارت عليها المحاكم .

رغم قبول الجامعات الأمريكية لطريقة القضايا فقد تعرضت هذه الطريقة إلى رفض نقابة المحامين الأمريكية لها في بداية الأمر .

فقد كانت معظم مكاتب المحامين مهتمة بحل القضايا خارج المحاكم بينما طريقة القضايا تعود الطلاب على
أن يكونوا قانونيين مستعدين لمناقشة القضايا في المحاكم ومتمرسين على الجدال والدفاع عن وجهات نظرهم . ولذلك فقد كانت دراسة القانون بالطريقة التي يدرس بها في أوروبا مفضلة عند نقابة المحامين ، وكذلك ادخال بعض المعلومات الإنسانية مع دراسة القانون .

وقد كان الكثير من الممارسين للحاماة في البداية معارضين للدراسة بواسطة القضايا ، إذ لم يكونوا يفهمون لماذا تركز هذه الطريقة على اختيار عدد من القضايا بعضها أصبح لا صلة له بالواقع أو القانون المطبق ، وكانت هناك شكوك حول قدرة الأساتذة على الإلمام بهذا النظام ، وكانت هناك شكوك كذلك حول قدرة الطالب العادي على متابعة النقاش والإستفادة من هذه الطريقة في تدريس القانون.

وقد عبرت نقابة المحامين الأمريكية عن تخوفها ومعارضتها للطريقة الجديدة في تقرير نشر عام١٨٩١ بواسطة لجنة تدريس القانون في النقابة والذي عارضت فيه طريقة القضايا باعتبارها طريقة غير علمية وعارضت تحويل دراسة القانون إلى مرحلة الدراسات العليا ، وأصرت اللجنة على أن مهمة المحامي هو معرفة أحكام القانون وأبعاد موكليه عن المحاكم بقدر الإمكان . ومضت اللجنة في القول بأن انتاج طريقة القضايا هو مجموعات من صغار المحامين الذين يسارعون إلى المحاكم والذين هوايتهم مناقشة القضايا والاستشهاد بالأحكام السابقة أمام المحاكم .

وفي عام ١٨٩٣ تغير موقف نقابة المحامين من طريقة القضايا وبدأت تتقبل هذه الطريقة . وكانت المعركة دائما بين جامعة هارفارد وبين بعض المتشككين في جدوى طريقة القضايا ولكن مع مرور الزمن بدأ أنصار هذه الطريقة يزدادون واتضح ذلك مع بداية هذا القرن .

وبدأت الكليات التي تأخذ بنظام القضايا تزداد شهرة ويرتفع فيها عدد الطلاب مقارنة مع الكليات التي لم تأخذ بهذه الطريقة ففي السنوات بين ١٨٩٥ و ١٩٠٧ ازداد عدد الطلاب في هارفارد من ٤٠٠ إلى ٧٠٠ بينما في نفس الوقت نقص عدد الطلاب في كلية كولومبيا للقانون من ٤٠٠ إلى ٢٥٠ (كولومبيا كانت في ذلك الوقت معارضة لنظام القضايا) ولكن بعد ذلك استسلمت كولومبيا وأخذت بنظام القضايا مثلها مثل بقية الجامعات الكبيرة الأخرى .

مع بداية هذا القرن كانت طريقة القضايا هي الموجة الجديدة والطريقة الجديدة المفضلة لتدريس القانون رقم أنها لم تكون الطريقة الأكثر اتباعا .

ومن المبررات التي شجعت على قبول هذه الطريقة طريقة عرض القضايا والتي تعتبر طريقة مشوقة للطلاب وقدرتها على شغل الطلاب بنشاط ابداعي في التفكير .

ومن مبررات الأخذ بهذه الطريقة أن الجامعات التي اتبعتها في البداية هي الجامعات الكبيرة والشهيرة وبالتالي فإن الجامعات الأقل شهرة اتبعتها رغبة في الشهرة وحتى لا تتهم بالتخلف والرغبة في الشهرة لم تقتصر على المؤسسات والكليات وإنما كذلك أعضاء هيئات التدريس فكان المدرس الذي يريد أن يشتهر يتبع هذه الطريقة. وكانت هذه الطريقة جذابة لأعضاء هيئة التدريس بسببالسيطرة التي تمنحها لهم على قاعات الدراسة ..

مع انتشار الجامعات الحديثة ازداد عدد كليات القانون الجديدة ، والتي كانت تنشأ لعدة أسباب منها الرغبة في إعلاء سمعة الجامعة ومنها الرغبة في اجتذاب أعداد أكبر من الطلاب وبالتالي زيادة الدخل المالي . وتزامن مع ازدياد عدد كليات القانون اهتمام نقابة المحامين برفع مستوى المهنة واهتمام عام بممارسة مهنة القانون في المجتمع .

كانت النتيجة الحتمية لكل ذلك هو ازدياد أعداد كليات القانون بشكل كبير . بالإضافة إلى كليات القانون التابعة للجامعات وهي عموما الكليات التي تتطلب دواما كاملا بدأت كليات أخرى تنتشر وهي الكليات المسائية والليلية والتي يدرس فيها الموظفون العاملون في الحكومة وفي الشركات وانتشرت بشكل أساسي في المدن الكبيرة. وكان من نتيجة التطور العلمي أن حلت الآلات مكان الموظفين في المكاتب وغيرها مما زاد الطلب على دخول الكليات القانون بالنسبة للموظفين .

ازدادت أعداد كليات القانون بشكل واضح وازدادت أعداد الطلاب في الكليات النهارية بشكل أكبر .

كان من تأثير ارتفاع مستوى المعيشة وازدياد عدد المهاجرين في الولايات المتحدة أن زاد عدد الراغبين في دراسة القانون بغرض تحسين مستواهم المعيشي وليس بالضرورة بدافع من حب التعلم ، فكانت دراسة القانون وسيلة لدخول المهنة ورفع المستوى المعيشي .

وقد أدت رغبة الموظفين في تحسين مستواهم إلى صحوة جديدة لكليات القانون الخاصة التي تتطلب دواما مسائيا أو ليلياً.

وازدادت أعداد كليات القانون كما إزدادت أعداد الطلاب فيها بما يشبه الانفجار من حيث الزيادة السريعة. ولكن هذه الزيادة انتجت تفاوتا شديدا في المستويات بين الكليات .

بعض هذه الكليات كان مرتبطا بالجامعات الكبيرة وكان مستواها رفيعا وبعضها كانت مجرد كليات لتهيئة الطلاب لإجتياز امتحان النقابات المحلية ، والدرجات التي كانت هذه الكليات تمنحها كانت لها نفس التسمية رغم التفاوت الكبير في المستوى إذ لم تكن هناك جهة مختصة بالاعتراف بكليات القانون وضمان نوعية التعليم بها ٠

-٣-

التحكم في مستوى كليات القانون
وعلاقة ذلك برفع مستوى المهن القانونية

تدخلت مهنة المحاماة المنظمة ممثلة في النقابة الأمريكية للمحامين (American Bar Association)والتي نمت بشكل واضح في نهاية القرن التاسع عشر وبداية هذا القرن ، تدخلت هذه النقابة في تنظيم تعليم القانون لضمان مستوى مناسب للخريجين .

كانت نقابة المحامين مثل بقية النقابات الأخرى مهتمة بوضع معايير محددة للتعليم القانوني حماية للثقة في المهنة ولضمان جودة الخدمات التي يقدمها المحامون .

في البداية كانت النقابة غير راضية عن معظم كليات القانون ، حيث كانت الدراسة في هذه الكليات قصيرة والامتحانات سطحية والدرجات تمنح لمن لا يستحقها ، ويصب كل ذلك في المهن القانونية ويؤدى إلى تدني مستواها .

ونتيجة لذلك في عام١٨٨١ أوصت نقابة المحامين بأن تكون دراسة القانون لمدة ثلاث سنوات وأوصت أن تقوم الولايات باحتساب المدة التي يقضيها الطالب في كليات القانون بديلا عن فترة التدريب التي كانت مطلوبة في معظم الولايات.

في عام ١٨٩١ أوصت نقابة المحامين بالاهتمام بكليات القانون كمدخل لممارسة المهنة فقد كان٢٠٪ من الذين دخلو المهنة في ذلك العام من الذين درسوا في كليات القانون وفي ذلك الوقت لم تكن هناك أي ولاية تشترط دراسة القانون في الكليات لممارسة المهنة .

وفي عام ١٨٩٢ صدر قرار من نقابة المحامين بالدعوة إلى أن تكون دراسة القانون في الكليات لمدة سنتين واشتراط أن يكون في كليات القانون على الأقل أستاذ واحد متفرغ في كل كلية.

وفي عام ١٨٩٥ دعت نقابة المحامين إلى اشتراط ثلاث من دراسة القانون في الكليات . لكن نقابة المحامين لا تتمتع بقوة إصدار قرارات ملزمة وإنما تقوم فقط كوسيلة ضغط ومحاولة للإقناع .

كل ذلك أدى إلى اشتراط الولايات لبعض التدريب للمحامين الجدد وتعتبر الدراسة في كليات القانون جزءات من التدريب وقبل بداية هذا القرن كان معظم المحامين لم يتخرجوا من كليات القانون ولا حتى من الكليات العادية ، حتى أن بعض الكليات كانت تقبل ترخيص المحامين غير الحاصلين على الشهادة الثانوية .

كان خريجي الجامعات الشهيرة يذهبون للعمل في مكاتب المحاماة الكبيرة في نيويورك وأمثالها وتكون فرصتهم المادية ممتازة ولكن كثير من المحامين الأخرين الذين لم يحظوا بالدراسة في هذه الكليات أو لم يحظوا بأي دراسة نظامية للقانون كانوا يتجهون للعمل في مكاتب فردية وعادة ما يكون دخلهم قليلاً .

نتيجة لذلك كان خريجي كليات القانون الشهيرة يحظون بنجاح في حياتهم المهنية بينما الذين لم يدرسوا القانون كانوا يعانون المصاعب في الحياة العملية والمهنية .

فحتى لو لم تكون الدراسة في كليات لقانون إجبارية ، لكن السوق والفرص العملية كانت تحتم الدراسة النظامية لتحقيق النجاح المهني .

حتى بداية هذا القرن كانت دراسة القانون هي دراسة جامعية وكان المحبذ أن تستمر لمدة سنتين بعد الثانوية ثم زادت إلى ثلاث سنوات.

في عام ١٩٠٨ بدأت نقابة المحامين تفكر في التوصية بأن يكون شرط دخول كليات القانون إنجاز سنتين من الدراسة الجامعية العادية .

أدى التركيز على دراسة القانون في الجامعات ووجود أعداد متزايدة من أساتذة القانون ألى إيجاد الحاجة إلى نقابة أو منظمة تمثلهم لأن نقابة المحامين كان لها اهتمام آخر ولم تكن تتجاوب مع هموم ومتطلبات أعضاء هيآت التدريس في كليات القانون ، ولذلك نشأت منظمة كليات القانون الأمريكية وتقبل هذه المنظمة لعضويتها . ولقبول أي كلية كعضو في المنظمة كان هناك شروط معينة ومعايير محدده لا بد من توافرها في هذه الكلية.

كانت هذه الشروط تتضمن أن تكون الدراسة لمدة ثلاث سنوات وأن يكون في هذه الكليات مكتبات بها تقارير أحكام المحاكم المحلية .

كان أعضاء نقابة المحامين الأمريكية هم النخبة من المحامين لكنهم كانوا أقلية بشكل عام بين امحامين لأن العضوية في النقابة لم تكن اجبارية . وكذلك

الحال بالنسبة لمنظمة كليات القانون الأمريكية . ولذلك لم تتمكن هاتان المنظمتان من اتخاذ قرارات ملزمة أو إقناع المشرعين في الولايات بتبني توصياتهما . في العشرينات والثلاثينات من هذا القرن استمر صراع نقابة المحامين الأمريكية ومنظمة كليات القانون الأمريكية لرفع مستوى كليات القانون ولرفع مستوى مهنة القانون في نفس الوقت في بداية العشرينات لم تكن هناك أية ولاية تشترط الدراسة في كليات القانون لممارسة المهنة . وفي نفس الوقت كانت الكليات الفردية ذات المستوى المتواضع تنتشر . وبناءً على ذلك فقد كان سعي النقابة والمنظمة جديا لرفع المستوي .

في ١٩٢١ وافقت نقابة المحامين الأمريكية على اشتراط دراسة سنتين جامعيتين قبل دراسة القانون ، وفي نفس الوقت اشترطت النقابة ثلاثة سنوات من الدراسة المتفرعة أو أربع سنوات من الدراسة غير المتفرعة في كليات القانون .

بدأت النقابة والمنظمة تتعاونان وذلك بنشر قوائم بالكليات امعترف بها وتم ذلك في عام ١٩٢٣ .

وبدأت منظمة كليات القانون في تشديد شروطها للإعتراف بكليات القانون وقبول عضويتها فبدأت تتشدد في اشتراط عدد أكبر من أعضاء هيئة التدريس المتفرغين وعدد أكبر من الكتب في المكتبات وغيرها من الشروط .

بحلول عام ١٩٣٠ بدأت أربع ولايات باشتراط الإعداد في كليات القانون

للترخيص لمهنة المحاماة وفي معظم الولايات كان الشرط هو إما التدريب في مكاتب المحامين أو في كليات القانون . ومع ازدياد تشدد شروط الاعتراف بكليات القانون بدأت الكليات الفردية وكليات الدراسة غير التفرغة تحس بوطأة هذه الشروط عليها . وأثر ذلك في ازدياد أعداد الطلاب الذين يفضلون الدراسة في الكليات المعترف بها دون الكليات غير المعترف بها .

استطاعت منظمة كليات القانون أن تقنع الممتحنين في النقابات المحلية للمحامين بأن يجعلوا اختباراتهم شبيهة باختبارات أفضل كليات القانون الموجودة في ذلك الوقت وازدادات الولايات التي تشترط دراسة القانون في كليات القانون للترخيص لممارسة المهنة .

ومع ارتفاع مستوى كليات القانون وبشكل متزايد بين الحرب العالمية الأولي والثانية فقد كانت التغييرات التي حدثت للتعليم القانوني كلها في اتجاه واحد وهو البعد عن تعليم القانون كحرفة أو مهنة والاعتماد بشكل كبير على المتخصصين في تعليم القانون والبحث فيه .

واستمر ارتفاع مستوى تعليم القانون وتشديد الشروط فيه حتي بدأت بعض الجامعات تشترط الحصول على درجة جامعية قبل بدء الدراسة في كليات القانون وقد أدى ذلك لإرتفاع نفقات التعليم القانوني وعجز الكثيرين عن الدراسة بسبب عدم توفر القدرة المالية لديهم مما انعكس بأثر سلبي على كليات القانون فبدأت الأعداد تتناقص .

بعد الحرب العالمية الثانية عادت كليات القانون إلى الإنتعاش بشكل واضح وذلك لعودة الكثير من المجندين من الحرب وتكفل الدولة بدفع نفقات تعليمهم مما أزال العائق الذي كان يمنع الكثير من الطلاب من الالتحاق بكليات القانون الكبيرة ·

فبدأت الأعداد في كليات القانون تزداد بشكل واضح وبدأت الكليات تتشدد أكثر في شروط الدخول لها مما أدى في النهاية إلى ارتفاع مستوى الدراسة فيها وإلى تعزيز مكانة الكليات الكبيرة بالمقارنة مع الكليات الفردية والمسائية ·

ومع ازدياد النشاط في كليات القانون المعترف بها بدأت نقابة المحامين ومنظمة كليات القانون تشددان الشروط للاعتراف بالجامعات ·

وقد انتقل التركيز في الجامعات إلى محتوى الدراسة في كليات القانون وأدى إلى التساؤل حول جدوى طريقة القضايا في تدريس القانون والتعرف على سلبياتها وذلك لتجنب هذه السلبيات ولضمان نوعية أفضل من التعليم القانون ·

فمن عيوب طريقة القضايا أنها تعتمد على أن القانون يوجد به عدد قليل من القواعد الأساسية والتي يجب على الجميع دراستها من خلال القضايا · وبالطبع ذلك لا يتسق مع مستجدات العصر وتطور الحياة والحاجة إلى مناقشة قضايا وأمور جديدة في القانون الداخلي والدولي ·

أدى ذلك إلى تقسيم دراسة القانون إلى لب يتم دراسته بشكل أساسي في السنة الأولى وجزء من السنة الثانية بينما يخصص الجزء الآخر من السنة الثانية والسنة الثالثة لدراسة المواد الاختيارية والتي تعالج الأمور المستجدة في الحياة وارتباط القانون بالعلوم الإجتماعية ، وتسمح بجزء من التخصص للطلاب .

من العيوب الأخرى لطريقة القضايا أنها لا تعود الطلاب على مواجهة الحياة العملية والدخول إلى قاعات المحكمة والتعامل مع الجمهور بشمل مباشر ، وهى كلها أمور كانت من مزايا النظام القديم القائم على التدريب في مكاتب المحامين .

ولذلك تم إدخال العيادات القانونية إلى كليات القانون والتي تحتسب لها بعض الساعات الدراسية (غالبا اختيارية) ويتم فيها تحت اشراف أستاذ متخصص تقديم خدمات مباشرة إلى الجمهور وفي نفس الوقت تضمن للطلاب قدرا من التدريب العملي المباشر .

ومن عيوب طريقة القضايا كذلك أنها لا تعود الطلاب على كتابة الأبحاث، ولذلك تم استحداث السمنارات (وهي كذلك في المواد الاختيارية) والتي تتطلب لتقييمها تقديم بحوث علمية .

ومع تعاظم حركات حقوق الانسان والحقوق المدنية في أمريكا ومعارضة حرب فيتنام تزايدت أعداد الطلاب الراغبين في الدخول في كليات القانون نظرا

لجاذبية هذه الدراسة ولأن معظم الأسماء البارزة في الأخبار والصحب كانت من المحامين ولذلك تم استحداث اختبار للراغبين في الدخول في كليات القانون ويتم بناء عليه اختيار أفضل المتقدمين . واستمر ازدياز الاقبال على كليات القانون حتى أن دخل كليات القانون عام ١٩٧٦ في أمريكا بلغ٢٧٥ مليون دولار .

وتزايدت أعداد طلاب كليات القانون بشكل واضح من ٦٨ر٥٦٢ عام ١٩٦٢ إلى ٩٥ر٩٤٣ عام ١٩٧١ إلى ١١٤ر٨٠٠ عام ١٩٧٣ إلى ١٢٦ر٠٠٠ عام ١٩٧٧ .

ومع ازدياد الأعداد تم إعادة الحديث حول النوعية وحول الحاجة إلى تجنب فشل الخريجين ولتجنب السمعة السيئة لمهنة القانون . ولذلك تشكلت لجان للنظر في المناهج والحاجة إلى التدريب العملي وإضافة مواد عن أخلاق المهنة وغيرها من المواضيع لسد الثغرات وعلاج القصور .

-٤-

أثر التطور في النظرة إلى القانون على التعليم القانوني

بالمقارنة مع بريطانيا فإن هناك مميزات كثيرة لممارسة مهنة القانون وسير المحاكم يؤدى إلى اختلاف في النظرة إلى القانون وطريقة استمداده وذلك منذ القرن التاسع عشر .

إن طبيعة النظام القضائي في الولايات المتحدة وطبيعة الظروف المحيطة بممارسة مهنة المحاماة مختلفةعن تلك الموجودة في بريطانيا ، وكانت الاختلاقات كبيرة وقديمة. وكانت موجودة بشكل واضح في القرن التاسع عشر .

وفي بريطانيا كانت أغلب القضايا المهمة تنظر في مدينة لندن ويتميز عدد المحامين (سولسترز وباريسترز) بالقلة النسبية وهناك نظام قضائي واحد ، بينما في أمريكا عدد المحامين كبير نسبيا وعدد الولايات ومناطق الإختصاص القضائي كبير وذلك يؤدي إلى تعدد الاجتهادات القضائية وكثرة عدد القضايا وبالتالي الزيادة الكبيرة في عدد المنشور من القضايا ، وخصوصا أنه كان هناك نظام لنشر جميع أحكام المحاكم دون استثناء .

واذا عرفنا أن مصدر القانون وتطوره في النظام الإنجلو سكسوني هو أحكام المحاكم والسوابق القضائية فإن ذلك يبين صعوبة الإلمام بالتطور القانوني بشكل عام في الولايات المتحدة وكثرة عدد الاختيارات أمام القضاة في حالة رغبتهم في

الحصول على أسانيد قانونية للفصل في القضايا المعروضة عليهم .

وبالمقارنة مع بريطانيا فإن دراسة المبادىء القانونية في أمريكا لم تعد لها أهمية كبرى وانما الأهمية هي في البحث عن القضايا وسرعة استمداد المبادىء القانونية منها واستغلالها في سير القضايا أمام المحاكم ، لأنه لم يكن هناك مجموعة مستقرة من المبادىء وإنما عدد كبير من القضايا وتتفاوت هذه القضايا وقد تتضارب فيما بينها ، لذلك فالمحامين الأمريكان تمرنوا في البحث عن القضايا أكثر من البحث عن المبادىء القانونية وحفظها .

ونتيجة لذلك فإن طريقة القضايا في دراسة القانون تعتبر مناسبة ومثالية للنظام القانوني في أمريكا .

وأصبح النظام القانوني الأمريكي ، وبصورة واضحة ، نظاما للسوابق القضائية وليس نظاما قانونيا له مبادىء قانونية مستقرة وليس كذلك نظاما قانونيا واحدا على مستوى الولايات جميعا . انعكس ذلك عى الكتابات القانونية وعلى كتب التدريس وغيرها من الكتابات الأكاديمية القانونية .

في العشرين سنة الأولى من هذا القرن بدأت تغييرات معينة تحدث في كليات القانون معتمدة على النظرة إلى القانون وعلاقته بالعلوم الإجتماعية الأخرى، فالنظرة للقانون على أنه مجموعة من القواعد المعزولة عن بقية العلوم الإجتماعية بدأت تتغير .

بدأت مناهج بعض كليات القانون تبتعد عن التركيز على النظرة الضيقة في معزل عن العلوم الأخرى - وبدأت هذه الكليات تحدد مهمة جديدة لهما وهي دراسة القانون في إطار تاريخي واجتماعي ونقدي بقصد توجيه تطوره في المستقبل وتحسين طريقة ادارته ورفع مستوى عملية التشريع .

بدأ تأييداً لهذا التطور استحداث مواد مثل القانون الروماني وفلسفة وتاريخ القانون والقانون المقارن وعلم وفن التشريع ، فحددت كليات القانون لها مهمتين مترابطتين إحداها هي إعداد المحامين الناجحين والثانية هي تحسين القانون والمساعدة على تطويره في اتجاه ايجابي وانتقاد الأخطاء الموجودة به والاستفادة من تجارب الآخرين .

بدأت هذه التغييرات بتعيين توماس سوان كعميد لكلية القانون في جامعة ييل في عام ١٩١٦ وبتعيين روسكو باوند كعميد لكلية القانون في جامعة هارفارد في نفس العام ، يعتبر روسكو باوند قائدا لمدرسة علم القانون الإجتماعي فهو يعتبر القانون كوسيلة للهندسة الإجتماعية وكان يدعو للوصول إلى روح القانون بدلا من الإكتفاء بشكل القانون والاقتصار على القانون كقواعد موجودة ولذلك يعتبر من أعداء المدرسة الواقعية التي تكتفي بالتركيز على الواقع دون المفروض .

يمكن اعتبار كثير من التغييرات التي اقترحت وطبق بعضها في كليات القانون من حيث مناهج الكليات وعلاقة دراسة القانون بفروع العلوم الإجتماعية كردة فعل على الطريقة التي انتشرت في هذه الكليات قبل ذلك كانت تعتمد على

التفسير لحرفي لطريقة القضايا وما صاحبها من اعتبار القانون في معزل عن بقية العلوم . وقد أدت التغيرات الجديدة إلى تطوير كتب القانون لتحتوي إلى جانب القضايا على تعليقات وشروح لم تكون توجد سابقا في مثل هذه الكتب .

وحدثت بعد ذلك ردة فعل على أفكار باوند وغيره من الذين كانوا ينادون بربط القانون بالإجتماع وغيره من العلوم الإجتماعية ، والمجموعة التي تصدت للرد عليهم هي مجموعة متفاوتة في آرائها وتسمى مجموعة الواقعيين وظهرت في الثلاثينات من هذا القرن .

وكان هم الواقعيين هو ربط القانون الذي يدرس للطلاب بالواقع وإبعاد دراسة القانون عن الإغراق في الأكاديمية والإنعزال عن الواقع .

ودعا بعض الواقعيين إلى أهمية تعليم الطلاب فن ممارسة القانون في الواقع والإرتباط بالمحاكم وتدريب الطلاب في مكاتب المحاماة ، والإبتعاد عن فكرة أن قلب كلية القانون هو المكتبة كما كان يدعو إلى ذلك لانجديل.

وأدت مثل هذه النداءات إلى إعادة برامج التدريب العملي وافتتاح العيادات القانونية لتكون مكملة للعملية التعليمية في كليات القانون وقد استرعى انتباه الواقعيين أن تعليم القانون في الثلاثينات من هذا القرن في أمريكا كان على يدى أناس لم يمارسوا المهنة إطلاقا أو مارسوها بصورة بسيطة جدا ، وأن طريقة القضايا لا تعلم الطلاب المهارات العملية ، مما ينعكس بأثر سلبي على اكتساب

الطلاب للمهارات المطلوبة للحياة الواقعية .

وقد كان لهذه المجموعة من المفكرين أثرا واضحا ومستمرا على تعليم القانون في أمريكا ويمكن رد كثير من الظواهر الموجودة الآن في التعليم القانوني إلى تأثير هذه المجموعة .

وقد كانت العشرينات إذا عصرا للداعين إلى ربط القانون بالعلوم الإجتماعية والثلاثينات كانت عصرا للواقعيين ، ففي خلال هذه الفترة كان هناك تباين فكري في بعض كليات القانون وكان هذا الصراع الفكري منحصرا في كليات القانون التابعة للجامعة الكبيرة فقط . وفي نفس هذا الوقت كان أغلب كليات القانون عبارة عن مؤسسات مهمتها تقتصر على تدريب الطلاب للنجاح في امتحانات نقابات المحاماة المحلية فقط ، وقد كان التعليم في هذه الكليات يتخذ شكل المحاضرة أو طريقة القضايا ولكن بشكل معدل ، وكان سبب ذلك التعديل هو عدم قدرة المدرسين أو الطلاب على استخدام الطريقة الكاملة .

وحيث أن استخدام طريقة القضايا تتطلب نوعية خاصة من أعضاء هيئات التدريس وتتطلب مكتبات جيدة ، ونظرا لقلة الموارد المالية لكثير من كليات القانون فقد كان استخدام طريقة القضايا لا يتم بالطريقة الأصلية وانما بشكل معدل.

ومن نتائج التطور في العشرينات والثلاثينات أن تغيرت كتب القضايا التي توزع للطلاب لتشتمل على بعض الشروح ونقولات من بعض المقاولات

القانونية بالإضافة للقضايا وتم اضافة السمنارات والقيادات القانونية لمناهج التدريس في الكليات وتم إضافة المواد الإختيارية بشكل واسع كذلك .

في الثلاثينات من هذا القرن حدث الكساد الإقتصادي العالمي والذي تركز أثره في أمريكا ، وكان من شأن ذلك أن أوجد مجموعة جديدة من القوانين الإجتماعية وأضاف عبئا جديدا للحكومة وأدى بالتالي إلى استجابة كليات القانون في إضافة مواد مثل قانون العمل والقانون الإداري وغيرها من القوانين الضرورية لهذه المرحلة .

تميز تطور التعليم القانوني في أمريكا بالصراع والتنافس بين الدوافع العلمية والدوافع المهنية ، وقد بدأ ذلك منذ اليوم الأول الذي ارتبطت فيه كليات القانون بالجامعات .

وارتبطت الفكرة عن القانون الأمريكي ببحثه عن السوابق وليس عن المبادىء القانونية وذلك ناتج عن طريقة التدريس في الجامعات .

لقد شهدت السنوات التي تلت الحرب العالمية الثانية محاولة لاعادة الربط بين المدرسة الإجتماعية والمدرسة الواقعية في دراسة القانون في أمريكا ، وبدأت هذه المحاولة في جامعة ييل واقترح تطبيقا لهذه الفكرة إدراج مواد دراسية تهدف إلى تحقيق المزج بين المهارة العملية ودراسة القيم الإجتماعية .

ويمكن تسمية العشرينات من هذا القرن بحقبة الإجتماعيين ، والثلاثينات بحقبة الواقعيين وفترة ما بعد الحرب العالمية الثانية بحقبة ما بعد الواقعيين .

ولم يكن من السهل التقليل من الدوافع المهنية في التعليم القانوني في أمريكا حيث أن كليات القانون أصلا هي كليات مهنية مهمتها إعداد الطلاب للنجاح في اختبارات النقابات المهنية وبعد ذلك للنجاح في الحياة العملية .

ولكل هذه الأسباب فإن الدوافع المهنية والعملية كانت سببا وراء فشل محاولات إدخال العلوم الإجتماعية والمنهة الإجتماعي إلى كليات القانون .

وفي الأونة الأخيرة (في السبعينات من هذا القرن) تشكلت مجموعة من المفكرين القانونيين الذين يجمعهم عدم الرضى عن الأساس النظري للقانون الموجودويرفضون الإغراق في الواقعية ولذلك هم يدعون إلى السؤال عن السبب وراء وصول القانون إلى ما وصل إليه ويدعون إلى التساؤل حول ما إذا كان القانون بوضعه الحالي إلى يؤدي تحقيق الإستقرار والتقدم في المجتمع . تسمى هذه المدرسة (المدرسة النقدية) وأخذت منهجا يساريا معبرة عن عدم الرضى عن الوضع القائم .

ونتيجة للرغبة في التغيير وعدم الرضى عن الوضع القائم والتنافس بين أكثر من اتجاه بين أعضاء هيئات التدريس زاد عدد المواد الاختيارية في مناهج كليات القانون بشكل كبير .

وما زال الصراع في كليات القانون بين وجهات النظر قائما فمثلا هناك صراع دائم بين الأكاديميين (العلميين) والمهنيين ، وكل من هذين الاتجاهين يدعو إلى التركيز على جانب معين في تعليم القانون ٠

-٥-

طريقة القضايا في التعليم القانوني بين ايجابياتها وسلبياتها

يقول المؤيدون لاستخدام طرق القضايا في تدريس القانون في الجامعات الأمريكية بأن هذه الطريقة تتميز بأنها :

١- طريقة علمية .　　　　٢- طريقة تدريسية مناسبة .

٣- طريقة واقعية .　　　　٤- طريقة تأريخية .

اولا: طريقة القضايا طريقة علمية:

نشأت هذه الطريقة في جامعة هارفارد وانتشرت في غيرها من الجمعات في وقت كانت هناك ثورة علمية في جميع العلوم . فالتربية أصبحت علما والتاريخ علم والجغرافيا والاجتماع واللغة . فكل العلوم الإجتماعية بدأت تتشبث بأنها منهجية وأنها علمية وهي تتنافس في ذلك مع العلوم الطبيعية .

وحتى العلوم الطبيعية أصبحت في ذلك الوقت تعتمد على التجارب والمعامل والطبيقات بدلا من الاعتماد على الشرح النظري . في ظل هذه الظروف نشأت طريقة القضايا ونادى أنصارها بأنها طريقة علمية ، ولكن ليس من الواضح ما هو المقياس أو المعيار الذي نحكم به على هذه الطريقة بأنها علمية ولا حتى المقصود بالطريقة العلمية .

ثانيا: طريقة تدريسية مناسبة :

يقوم اعتماد تفضيل هذه الطريقة في التدريس على أن الطلاب يتعلمون بطريقة أفضل عندما يشاركون في العملية التعليمية من خلال حل المشاكل وإعطاء الأجوبة بالمقارنة مع الطرق الأخرى التي تجعل الطالب متلقيا سلبيا ·

ثالثا: طريقة القضايا طريقة واقعية :

طريقة القضايا تعود الطالب أن يطبق القانون أو يكتشف القانون الواجب التطبيق من خلال معرفته للوقائع · وهذا ما يفعله المحامي والقاضي فهم يطلعون على وقائع علمية ويكون مهمتهم معرفة القانون وقواعده التي تنطبق على هذه الوقائع ·

رابعا: طريقة القضايا طريقة تاريخية

يتعلم الطالب من خلال دراسته عن طريق القضايا المبادىء القانونية في منظور تاريخي ، فيطلع الطالب على تطور المبدأ القانوني بشكل تدريجي حتى يصل إلى الواقع في وقته ·

مستلزمات طريقة القضايا:

تستلزم طريقة القضايا عدة أشياء ضرورية :

١- كتاب القضايا ٢- مشاركة الطلاب ٣- نوعية خاصة من الامتحانات ·

(١) **كتاب القضايا** : بدأ لانجديل إعداد أول كتاب قضايا بسبب استحالة توفير عدد كاف من تقارير المحاكم المشتملة على القضايا وكذلك رغبة في تجنب امكانية تلف نسخ التقارير الموجودة في المكتبة .

وانطلاقا من الحاجة إلى كتب القضايا فإن العديد منها أعد للإستخدام في كليات القانون ولكن هناك تفا وت في الشروح والمواد المضافة إلى جانب القضايا .

عادة ما يشتمل كتاب القضايا على بعض القضايا الانجليزية ومجموعة مختارة من القضايا من الولايات المختلفة وذلك انطلاقا من الحاجة إلى تعليم الطلاب المنهج والمنطق القانوني وليس تعليم الطلاب القانون الواجب التطبيق في ولاية من الولايات .

ومن عيوب اعداد كتاب القضايا دون التركيز على القانون المطبق في الولاية التي يدرس بها الطالب أنه يجعل من واجب الطالب البحث بعد الدراسة عن قانون الولاية التي يعيش بها ولذلك فإن كثيرا من الكليات تضيف إلى كتب القضايا ملاحق بالقضايا المحلية في الولاية التي تقع بها الكلية .

نوعية القضايا المشمولة في كتب القضايا حسب رأي لانجديل هي القضايا التي أثرت وساعدت على تطوير القانون وقواعده . وتتجه كتب القضايا إلى إدراج القضايا التي تمثل أزمات أو مشاكل في أحد المواضيع القانونية وتلك القضايا التي تتصف بالتشويق وتلك القضايا التي تتصف الأحكام فيها بالجودة من حيث

التسبيب والشرح القانوني ·

(٢) مشاركة الطلاب في المناقشات الصيفية : تعتبر مشاركة الطلاب في المناقشات الصيفية من المظاهر الضرورية لطريقة القضايا في تدريس القانون · وتسمى طريقة المناقشات الصفية (الطريقة السقراطية) ·

تبدأ المناقشة بأن يسأل امدرس أحد الطلاب بأن يلخص وقائع القضية بعد أن يكون الطلاب جميعا قد قرؤا القضية قبل الدرس ، ويشمل تلخيص الطالب بعد ذلك ذكر السؤال أو الأسئلة القانونية المطروحة في هذه القضية ثم قرار المحكمة وتسبيب هذا القرار ·

ويقوم المدرس بعد ذلك بطرح سؤال افتراضي على الطالب حول القضية ، وذلك بأن يقوم المدرس بافتراض تغير شيئا من وقائع القضية ويسأل الطالب حول ما إذا كان ذلك يمكن أن يؤدي إلى نفس النتيجة التي وصلت لها المحكمة ·

ويطلب المدرس من الطالب بعد ذلك تبرير الإجابة التي وصل اليها ، ثم يقوم المدرس بسؤال طالب آخر سؤالا افتراضيا أخر حول نفس القضية ويستمر مع هذا الطالب بعض الوقت ·

ويطلب المدرس من الطلاب المقارنة بين هذه القضية والقضايا الأخرى · وتكون الإفتراضات التي يضعها المدرس أمام الطلاب بعرض تأكيد المبدأ القانوني

الذي خلصت إليه المحكمة وتوضيح السبب الذي دعى المحكمة للوصول إلى النتيجة التي قالت بها .

وتعتبر هذه الطريقة محفزة للطلاب وتعودهم على التركيز على جوانب معينة في القضية وعلى التعرف بسرعة الوقائع المؤثرة في القضية وعلى المبدأ القانوني ومبررات أي حكم من أحكام المحاكم .

والصعوبة التي تطرحها الطريقة السقراطية أنها تحتاج إلى مهارة عالية من عضو هيئة التدريس وتحتاج إلى نباهة وقدرة جيدة من الطلاب .

وتعتمد الطريقة السقراطية الأصلية على أن المدرس لا يحاضر ولا يلخص ، وإنما يكون استخلاص المبادىء والتلخيص من مهمة الطلاب . ولكن ولأسباب عملية كثيرة فإن أغلب مدرسي القانون لا يلتزمون بالطريقة لتقليدية وإنما يقومون بالتلخيص وإعطاء بعض المعلومات والمبادىء المفيدة للطلاب .

وفي السنوات الثانية والثالثة من كليات القانون في الوقت الحاضر يكتفى عضو هيئة التدريس بالبدء في طرح الأسئلة حول القضية وذلك اكتفاءً بأن الطلاب قد أتقنوا مهارة تلخيص القضايا وأن إعادة التلخيص في وقت المحاضر سوف يكون مملا من جانب ومضيعة للوقت من جانب آخر .

ومن مزايا الطريقة السقراطية في المناقشة الصفية أنها تصلح للفصول الدراسية التي بها مجاميع كبيرة من الطلاب فهي تصلح لفصل به ٢٠٠ أو ٢٥٠

طالبا وتؤدى نفس النتيجة التي تؤديها في الفصول الأقل عددا لأنها تعتمد على إدارة نقاش بين المدرس وأحد الطلاب في كل مرة بينما البقية يتابعون النقاش .

المشكلة الناتجة عن كثرة العدد في الفصل هو وضع ضغط وعبء كبير على الطالب المشارك في المناقشة لأنه في بعض الأحيان يكون غير مستعد بشكل جيد وفي بعض الأحيان الأخرى لا يجيب الإجابة الصحيحة مما يضعه في موقف محرج أمام العدد الكبير من الطلاب الحاضرين . ومن النتائج الإيجابية للنقاش في الفصول الكبيرة العدد هو إعداد الطالب للمناقشة في قاعة المحكمة أمام أعداد كبيرة من الناس حيث لن تكون تلك التجربة جديدة عليه .

(٣) الإمتحان المعتمد عى حل المشاكل :

تستدعى طريقة القضايا استخدام الإمتحان القائم على مجموعة من القضايا الإفتراضية . وتكون مهمة الطالب إعطاء الحكم في هذه القضايا وتسبيب الأحكام التي يعطيها . والجزء المهم في الإجابة هو التسبيب القائم على إدراك الحقائق المهمة واكتشاف السؤال القانوني المطروح وبناء النتيجة التي يتوصل إليها على أسانيد قانونية ومنطقية ملائمة .

تنحصر المهارات اللازمة للإجابة على الأسئلة في معرفة الحقائق المهمة واكتشاف الأسئلة القانونية التي تطرحها القضية والوصول إلى التسبيب القانونى الصحيح للنتيجة التي يتوصل إليها الطالب .

ويعمد المدرسين إلى ذكر وقائع كثيرة غير مهمة في القضية لتعويد الطلاب

على اكتشاف الحقائق المؤثرة في القضية . مع الإيجابيات الكثيرة المرتبطة بهذا النوع من الامتحانات فإن له بعض السلبيات الجانبية منها أنه يحتاج إلى وقت كبير لتقييم الإمتحان ولا يمكن لأعضاء هيئة التدريس أن يوكلوا هذه المهمة لغيرهم مما يتسبب في تأخير إعلان النتائج ويمكن أن يكون لطول المدة سبب في تفاوت المعايير عند من يقوم بتقدير الدرجات .

ايجابيات طريقة القضايا

١- تعود الطلاب على القيام بنفس مهمة القاضي والمحامي في النظام الأمريكي المعتمد على القضايا ، فهذه الطريقة تقود الطلاب إلى نفس المصادر التي يستخدمها المحامي والقاضي وتبتعد به عن المصطلحات الفضفاضة والعموميات التي لا تناسب النظام القانوني الأنجلوسكسوني.

٢- تعود الطالب على الاستنتاج بشكل مستقل وتبتعد به عن كتب الشروح والمعاجم القانونية . فيتعود الطالب إدراك معاني المصطلحات القانونية من خلال السياق ويتعود الاستقلال عن المصادر الأخرى غير الأحكام القضائية .

٣- طريقة تدريسية مشوقة : من خلال وقائع القضية المطروحة هناك عادة تشويق للطلاب ودراما واقعية تشد انتباه الطلاب .

٤- تعلم الطلاب المصطلحات من خلال السياق وليس بتعريفات جافة ٠ وهذا مناسب في أمريكا حيث يتفاوت تعريف بعض المصطلحات من ولاية إلى أخرى ٠

٥- تطور مهارة النقد عند الطلاب ٠ فتعتمد هذه الطريقة على عرض قضايا متماثلة من ولايات مختلفة وتكون النتائج التي توصلت إليها المحاكم مختلفة لذلك يهتم الطلاب بالمقارنة بين أسباب ومبررات كل حكم من هذه الأحكام ٠

٦- تؤدى إلى تكوين قدرة على الحدس الطلاب وتكوين الملكة على توقع النتائج المترتبة على النزاعات القانونية ٠

٧- تعرف الطالب بالثقافة الموجودة في المجتمع وبأحوال المجتمع التجارية والإقتصادية والإجتماعية ، وذلك لأن القضايا التي يستعرضها الطلاب من خلال الدراسة تعكس الواقع الموجود ٠

٨- يتعرف الطالب في كثير من الأحيان على أسباب ومؤثرات معينة غير قانونية كانت وراء وصول المحكمة إلى الحكم ومن هذه المؤثرات الآراء الشخصية والمعتقدات الفردية للقضاة ٠

٩- تستدعى هذه الطريقة من المدرس عملاً مستمرا حيث أن المدرس يجب أن يكون مستعدا أكثر من الطلاب ويجب أن يجدد معلوماته ويتابع التطورات الحديثة لكي تنجح هذه الطريقة ٠

١٠- تزود المدرس بأبعاد واحتمالات جديدة من خلال تساؤلات وتعليقات الطلاب ، ولا يمكن الوصول لهذه النتيجة بالطرق التقليدية .

١١- طريقة اقتصادية ، حيث أن هذه الطريقة فعالة في الصفوف ذات العدد الكبير نسبيا من الطلاب مما يوفر طاقة أعضاء هيئة التدريس ويقلل الأعباء المالية على الكليات .

١٢- تعود الطالب على الشجاعة في الإلقاء والمناقشة العلنية ، وهذه مهارة يحتاجها في قاعات المحاكم في الحياة الواقعية .

سلبيات طريقة القضايا

١- هذه الطريقة تركز على تعليم منهج قانوني في التفكير ولكنها ليست طريقة مناسبة لتزويد الطلاب بالمعلومات القانونية.

يقول كثير من الأنصار التقليديين لهذه الطريقة بأنهم يزودون الطالب بالمنهج ويكون من السهل عليه الرجوع للمكتبة للحصول على المعلومات المطلوبة . ولكن ذلك صعب في كثير من الأحيان ولا يمكن الإستغناء عن التلخيص والكتابة المنهجية القانونية .

ولذلك فإن كثير من كتب القضايا الحديثة تحتوي على شروح وتعليقات

لسد النقص في الطريقة التقليدية .

٢- الطلاب الحديثين في كليات القانون تنقصهم الخبرة والإدراك الكافي للتوصل إلى القواعد القانونية منه من خلال دراسة القضايا مما يستدعي تدخل المدرس بالتلخيص واستنتاج المبادىء بينما الطريقة التقليدية تقوم على وضع عبء الاستنتاج على الطالب وتفترض عدم تدخل المدرس في ذلك .

٣- يضيع بعض الوقت عند وقوع بعض الطلاب في خطأ في فهم الوقائع أو فهم الأسئلة القانونية . ولذلك فإن كثيرا من كتب القضايا الأن تضيف بعض الملاحظات المقصود منها تجنب وقوع الطلاب في الأخطاء .

٤- هذه الطريقة غير مناسبة لتدريس بعض الأبعاد المرتبطة بالمواضيع القانونية محل الدراسة مثل تاريخ القانون أو فلسفة القانون .

لذلك فإن بعض كتب القضايا يضاف لها شروح تتعلق بتاريخ القانون أو فلسفته . وتضيف كثير من الكليات مواد دراسية خاصة بتاريخ وفلسفة القانون يتم تدريسها بطرق تدريسية غير طريقة القضايا .

٥- هذه الطريقة غير مناسبة في توصيل بعض المعلومات غير القانونية مثل المعلومات المتعلقة بالتجارة والإقتصاد والإجتماع مثل المعلومات المتعلقة بالتجاروالتي تكون ضرورية لفهم تطور القانون وإدراك البيئة التي حدثت فيها

القضايا . لذلك تضاف مثل هذه المعلومات إلى كتب القضايا .

٦- هذه الطريقة غير مناسبة لدراسة القوانين التي لم يتم التنازع حولها أمام القضاء . لذلك تحتاج دراسة مثل هذه القوانين إلى صياغة قضايا افتراضية ومن ثم دراسة هذه القضايا .

٧- التطبيق الحرفي لهذه القضية يشغل الوقت بمناقشة افتراضات نظرية مستمدة من القضايا المطروحة وإعطاء الحلول لها دون التركيز على الأبعاد الأخلاقية والإجتماعية للقانون .

لذلك فإن أعضاء هيئة التدريس الذين يريدون التركيز على المعايير الأخلاقية والقيم الإجتماعية يوجهون المناقشة الصفية بعيدا عن حرفية أو آلية تطبيق القواعد القانونية المستقرة إلى الحديث عن مدى ملائمة وفائدة مثل هذه القواعد وضرورة تغييرها وتطويرها .

٨- إعداد كتب القضايا شغل أعدادا كبيرة من ألمع المفكرين القانونيين والأساتذة البارزين لفترات طويلة ولم تسمح لهم طريقة القضايا أو تشجعهم على كتابة الشروح والمقالات القانونية المفيدة .

٩- لا تعود هذه الطريقة الطالب على تعلم القانون المطبق في منطقة معينة وإنما يتعلم القانون المطروح والقضايا التي تتردد خلال الفصل الدراسي والكثير منها

قضايا افتراضية غير واقعية .

١٠- هذه الطريقة لا تناسب بعض المواضيع القانونية مثل ترتيب المحاكم وتدرجها وبعض الأمور التي لا تدخل بحسب طبيعتها في القضايا المطروحة أمام القضاء .

المحتويات

الصفحة

CONTENTS

91 [1967] 2 Lloyd's Rep. 338.

92 [1971] 1 Lloyd's Rep. 506.

93 The Laura Prima [1982] 1 Lloyd's Rep. 1.

94 Ibid. at p. 6.

74 ***The Johanna Oldendorff*** [1974] A.C. p. 555 per Lord Diplock.

75 ***North River Freighters v. President of India*** [1955] 2 Ll.L.Rep. 668 at p. 679.

76 [1974] A.C. p. 557 per Lord Diplock.

77 [1891] 2 Q.B. 647 (C.A.)

78 (1881) A App.Cas. 38,44.

79 (1861) 1 B. & S. 773.

80 (1828) 8 B. & C. 119.

81 ***Tharsis Sulphur Co., v. Morel*** [1891]2Q.B. 647 at p. 651

82 ***Venizelos v. Societe Commerciale de Cereals*** (The Prometheus) [1974] 1 Lloyd's Rep. 350.

83 The Angelos Lusis [1964] 2 Lloyd's Rep. 28

84 Ibid. at pp. 33-34.

85 [1967] 2 Lloyd's Rep. 338.

86 [1971] 1 Lloyd's Rep. 506.

87 [1980] 1 Lloyd's Rep. 466

88 ***The Laura Prima*** [1980] 1 Lloyd's Rep. 466 at p. 468

89 [1980] 1 Lloyd's Rep. 466.

90 [1981] 2 Lloyd's Rep. 24 at p. 28.

62 Davies op.cit at p. 1118

63 ***The Maratha Envoy*** [1977] 2 All ER 849 at p. 856

64 ***The Freiji*** [1978] 1 Ll.L.R 257 at p. 261

65 American authorities have generally adopted a test of commercial good sense regarding the vessel's anchorage location: geographical considerations are only of minimal importance, and a vessel can be considered an "arrived" ship while waiting at a customary anchorage site outside the geographical and fiscal limits of the port especially if the vessel's movements are still subject to some control by the local authorities as, e.g., through the assignment of berth rotation. See Benedict on Admiralty 7th ed. 1992 Vol.

66 Davies op.cit at p. 1119

67 ***The Johanna Oldendorff*** [1974] A.C. p. 555 per Lord Diplock.

68 (1872) L.R. 8 C.P.46.

69 Ibid. p. 52.

70 Ibid. at pp. 52-53.

71 Ibid. at p. 55.

72 (1921) 6 Ll.L.Rep. 178. A similar view was taken by the Court of Appeal in ***Davies v. McVeagh*** (1879) 4 Ex D 265 where the vessel was allowed into the dock because being empty she was in danger outside.

73 ***Comagnie Chemin de Fer du Midi v. A. Bromage & Co*** (1921) 6 Ll.L.Rep. 178, at p. 179.

Lord Diplock.

47 ***The Johanna Oldendorff*** [1974] A.C. at p. 535-36

48 Ibid. 552-53

49 Ibid. p. 560

50 See Scrutton on Charterparties and Bills of Lading 18 ed. 1974 at p. 138

51 Davies Op. cit at p. 1119

52 ***The Johanna Oldendorff*** [1974] A.C. at p. 535

53 ***Shipping Developments Corporation SA v. V/O Sojuzneftexport (The Delian Spirit)*** [1971]1 Ll.L.R.64 (Donaldson J.), [1971]1 Ll.L.R. 506 (CA).

54 [1976] All E.R. 293

55 F. Berlingieri "Allocation of risk of delay in voyage charterparties " 1977 8 J.M.L.C. 497

56 English arbitration award not reported

57 ***Maritime Bulk Carriers v. Garanc Grain (M/V "Polyfreedom"***) 1975 A.M.C. 1826 (arbitration)

58 [1977] 1 Ll.L.R. 217 (CA).

59 [1975] 2 Ll.L.R. 223.

60 [1977] 1 Ll.L.R. 217 at pp. 224-25

61 Ibid. at pp. 222-223

28 [1958] 2 Q.B. 385 at p. 401

29 [1974] A.C. 479, at p. 532

30 ***Leonis SS. Co., v. Rank*** [1908] 1 K.B. at pp.518-519

31 ***The Aello*** [1961] A.C. 135

32 Ibid. p. 207

33 Ibid.

34 Ibid . p. 216

35 Ibid. p. 166

36 Ibid. p. 181

37 Davies op.cit

38 ***The Johanna Oldendorff*** [1974] A.C. 479,513

39 ***The Maratha Envoy*** [1977] 2 All E.R. 849

40 Ibid. 852-53

41 [1974] A.C. 479

42 Per Lord Diplock in ***The Maratha Envoy*** [1977] 2 All E.R. at p. 853

43 [1971] 2 Ll.L.R. 96.

44 [1974] A.C. 479 (C.A.)

45 Ibid. p. 512-13

46 ***The Maratha Envoy*** [1977] 2 All E.R. 849 at p. 853 per

It will be observed that in none of the quotations set out above is there any indication that the vessel need arrive anywhere except what in may be called the commercial limits of the port, and no reference is made to what may be called the "loading area."

But in some of the other cases in which the Leonis case has been referred to a different view can be found expressed. Thus in Kokusai Kisen Kabushiki Kaisha v. Flack and Son (1922, 10 Ll.L. Rep. 635) Scrutton, L.J., said: " If you have a charter simply in the form to proceed to a port and there load, though it is implied that a charterer as under the decision in the Leonis S.S. Company, Limited case... should name the particular place and the port where the ship should load, the vessel is an arrived ship; and the time for loading... begins when the vessel is at that place in the port where vessels awaiting for a berth usually lie." In the same case Atkin, L.J. (as he then was), said: "[the vessel] is an arrived ship when she arrives at that part of Delagoa Bay where ships usually do lie within the meaning of the case of Leonis ***S.S. Company, Limited v. Rank, Limited...*** " Further, in ***United States Shipping Board v. Frank C. Strick and Company, Limited*** when that case was before the Court of Appeal (1924, 30 Com. Cas. 210), Scrutton, L.J., said: " In the present case this is a charter to go to a port; to proceed to Delagoa Bay and there load; and consequently under the decision in Leonis v. Rank...time would begin when the vessel was at a place in Delagoa Bay where the ships waiting to load usually lie, when she was ready in all her holds, and when she had given notice of readiness to the charterers."

When ***United States Shipping Board v. Frank C. Strick and Company, Limited*** reached the House of Lords Lord Atkinson said: " As between charterer and shipowner a ship is not to be considered as at a port, in a commercial sense, until she has reached the usual place at the port in which vessels intended to be loaded lie."

26 [1957] 1 W.L.R. 1228

27 [1958] 2 Q.B. 385

I do not hesitate to prefer that of Kennedy L.J. and to treat it as the more accurate exposition of the law."

22 ***Leonis SS. Co., v. Rank*** [1908] 1 K.B. at p. 518-19

23 Ibid. p. 527

24 Donal Davies "The Arrived Ship Concept" NLJ 1977 1118.

25 ***Sociedad Financiera v. Agrim pex Hungarian (The Aello)*** [1961] A.C. 135.

In some of the subsequent cases in which the Leonis case has been applied no detailed consideration of the meaning of the term "commercial area" is to be found. Thus in Van Nievelt Goudriaan and Company Stoomvaart Maatschappij v. C.A. Forslind and Son, Limited 30 Com.Cas. 263, in which a vessel was to proceed to West Hartepool, Banker, L.J., giving judgement in the Court of Appeal, said: " Leonis v. Rank decides beyond all question that this vessel was an arrived vessel when she arrived within the limits of the port of West Hartepool." Scrutton, L.J., said: " She is to proceed to the port, and when she has got to the port, lay days begin." And Atkin, L.J., observed: " Leonis v. Rank is, no doubt, a leading decision and the decision in that case is that the time for loading commences when she is an arrived ship, and she is an arrived ship when gets into the port."

To similar effect are the words of Lord Cave, L.C., in United States Shipping Board v. Frank C. Strick and Company, Limited (1926) A.C. 545: "Where, as in this case, the stipulated destination of a ship is a port without further limitation, the ship is an 'arrived ship' so soon as she reaches the commercial limits of the port." Again, in *North River Freighters*, Limited v. ***H.E. The President of India*** (1956) 1 All E.R. 50 Jenkins, L.J. (as he then was), said: " In the case of a port charter...lay days begin to run as soon as the vessel has arrived in the commercial area of the port."

"It has always been held that the Court of Appeal in Leonis laid down general principles which must be followed: The difficulty has been to find out what those principles are. Lord Justice Buckley and Lord Justice Kennedy each delivered long judgements and Lord Alverstone C.J agreed with both. So he must have thought that there was no substantial difference between them. And that has been the view of almost all the many judges who have since then had to consider the matter... The charterers in this case invited us to concentrate on the judgement of Buckely L.J. I would agree that it is capable of being read as being more favourable to the charterers than that of Kennedy L.J. But I am far from being satisfied that it ought to be so read, and I would adopt the general view hitherto held that there is no substantial difference between them."

18 Leonis SS. Co., ***v. Rank*** [1908] 1 K.B. at p. 512

19 (1872) L.R. 8 C.P. 46.

20 ***Leonis SS. Co., v. Rank*** [1908] 1K.B. at p. 513

21 In ***The Aello*** [1961] 135 Lord Radcliffe said at p. 167

"I think that this is clearly the meaning and effect of the judgement of Kennedy L.J. in Leonis v. Rank. I regard this, as other have (see, for instance, Atkin L.J. in Hudson's Bay Co. v. Domingo Mumbru S.A.) as the leading judgement in that case, both because it provides a fuller and more authoritative treatment of the earlier decisions and because it is free from certain internal inconsistencies which mar the other judgement, that of Buckely L.J. It the two judgements do not in all respects make the same approach to the conception of the "commercial area"

8 The Johanna Oldendorff [1974] A.C. p. 489 per Lord Denning M.R.

9 (1924) 30 Com.Cas. 210.

10 Ibid. p. 224.

11 (1831) 7 Bing. 559

12 (1842) 10 M. & W. 498.

13 (1842) 10 M. & W. 331.

14 Ibid. p. 334

15 Per Lord Diplock in ***The Johanna Oldendorff*** [1974] A.C. at p. 559 commenting on ***Kell v. Anderson*** (1842) 10 M. & W. 331.

16 [1907] 1 K.B. 334: [1908] 1 K.B. 499. In Nelson v. **Dahl** (1879) 12 Ch D 568 Brett L.J. carried out a comprehensive review of the earlier authorities dealing with the question of when a ship becomes an Arrived ship under berth, dock and port charters. On dock and port charters he said at p. 580:

"If it describes a larger place, as a port or dock, the shipowner may place his ship at the disposition of the charterer when the ship arrives at that named place, so far as she is concerned, is ready to load, though she is not then in the particular part of the port or dock in which the particular cargo is to be loaded."

17 In ***The Johanna Oldendorff*** [1974] A.C. 479 Lord Reid said at p. 529-30 of the judgements given in ***The Leonis*** case:

as a basin, a dock, or a certain distance or reach of shore on the seacoast or in a river; or (3.) the still more limited and precise point where the physical act of loading is to take place, as, e.g., a particular quay, pier, wharf or spout, or (where the operation is to be performed by means of lighters, and the ship is not to be in a shore berth) a particular mooring. In each of the last two cases - (2.) and (3.) - it is settled law that the point of destination is equally to be treated as designated in the charterparty, whether the point be named in the document by its local title or there is in the charterparty an express reservation to the charterer of the privilege to fix the point of destination by his order or direction....If the stipulated point of destination is either (2.) or (3.), the answer to the question as to whether the ship is or is not an "arrived" ship is generally plain enough. It depends on an absolutely simple fact, v.z., her being or not being in the one case within the specified area, or, in the other case, at the narrower and more limited point of destination. It is when the stipulated point of destination is a port only without further limitation, as in the present case, that a question as to the fact of the ship's arrival at her destination is likely to arise."

6 Notice of readiness is only required at the first loading port under English common law; it is not required for discharging port unless there is a custom to such effect; in practice it is usual for a charterparty to contain an express clause requiring the tendering of notice of readiness at both loading and discharging ports and perhaps also at subsequent loading/discharging ports. See Carver Carriage by " 13th ed. (1982) para 1890.

7 Scrutton on Charterparties and Bills of Lading 10 th ed. (1921) at p. 132.

"The risk of vicissitudes which prevent the loading or discharge of cargo within the stipulated lay days lies unconditionally with the charterer. This is the prescription of the general law. To avoid its application either (i) the contract of parties must be absolutely clear; or (ii) it must be established that the failure of the charterer's duty arose from the fault of the shipowners or those for whom they are responsible".

5 **In Leonis v. Rank[1908]1K.B.499, 517, Kennedy L.J.** states the rules in the following words:

"The ship's obligations, therefore, under such a charterparty, the performance of which must proceed the commencement of the lay days (as the fixed loading period is commonly termed) are three. First, the ship must have arrived at her destination, and so be within the designation of an "arrived" ship. Till then she is not entitled to give notice of readiness to load. Secondly, she must have given the prescribed notice of readiness to load. Thirdly, she must in fact be, so far as she is concerned, ready to load. The shipowner cannot claim against the charterer that the lay days begin to count until she is an "arrived" ship; the prescribed notice has been given and expired; and in fact the ship is ready, so far as she is concerned, to receive the cargo"

"...the answer to the inquiry whether the ship can or cannot properly be described as an "arrived" ship obviously depends upon the point which the parties have chosen to designate in the charterparty as the destination. The degree of precision is purely a matter of agreement between them. In practice, the destination is generally one of the following: (1.) A port; (2.) a specified area within a port, such, e.g.,

Notes and References

1 (1925) 22 Ll.L.R. 49.

2 Ibid., at p. 51.

3 See The Amiral Fahri Engin [1993] 1 Lloyd's Rep. 75.

4 The general principle of the distinction between charterparties in which the laytime is fixed and when it is not is well set out by Lord Selborne, L.C., in Postlethwaite v. Freeland (1880) 5 App. Cas. 559 (HL) where he observed at p. 608:"

> "There is no doubt that the duty of providing, and making proper use of, sufficient means for the discharge of cargo when a ship, which has been chartered, arrives at its destination and is ready to discharge, lies (generally) upon the charterer. If, by the terms of the charterparty, he has agreed to discharge it within a fixed period of time, that is an absolute and unconditional engagement, for the non-performance of which he is answerable, whatever may be the nature of the impediments which prevent him from performing it, and which cause the ship to be detained in his service beyond the time stipulated. If, on the other hand, there is no fixed time, the law implies an agreement on his part to discharge the cargo within a reasonable time."

Similarly Lord Shaw of Dunfermile said in **William Alexander & Sons v. Aktieselskabet Dampskibet Hansa** [1920] A.C., at p. 98:

Conclusion

In our analysis of the arrived ship concept we have distinguished, in principle, the case when the charter names a berth from the one when no berth has been designated in the contract. In the first case (a berth charter, but also a port charter when a berth has subsequently been named pursuant to an express right in the contract) the ship has accomplished her part of the contract when she is berthed in accordance with the charter, and until then she cannot be considered to have arrived in the legal meaning of this term. Where, however, no berth has been named in the contract (e.g. a port charter) it must depend on the circumstances of each case whether the vessel can become an "arrived ship". In such cases a delicate balance must be struck between legitimate interests of the contracting parties. Therefore, before a pronouncement is made whether a vessel under a port charter is an "arrived ship" the particular circumstances must be considered very carefully. It can sometimes happen that, having completed her sea passage, the ship is obliged to wait outside the port area but at a place where she counts for turn, where the charterer can communicate with her and where, when the time comes, he can order her to proceed immediately to the available berth. To make the notion of an "arrived ship" always and necessarily dependent on her being within the administrative limits of a port is to put the risk of delay entirely on the carrier and to revert again to the hire view, but this time to the carrier's detriment.

which required reconciliation. With regret, I am unable to see any such conflict. Properly construed , in the manner which I have suggested, these Clauses are in no way in conflict . I would regard them upon this construction as complementary one to the other." [94]

succeeded. He said that the last sentence in clause 6 only applied if charterers, pursuant to clause 9, had designated and procured a safe place or wharf reachable on the ship's arrival. Then, if some intervening event occurred, causing delay over which charterers had no control, the last sentence of clause 6 would apply. The Court of Appeal found unanimously [89] that the charterers' submission was right.

Therefore, the Court held that the last sentence of clause 6 provided that delay in getting to its berth for reasons beyond the control of the charterers should be at the owners' risk. Lawton L.J. said [90] :

> "It fits into the scheme of the charterparty. It enables the last sentence of cl.6 to be read as we think commercial men would read it and to be reconciled with cl.9 since, when the reasoning in ***The President Brand*** [91] and The ***Delian Spirit*** [92] is applied, the period of detention for breach of cl.9 will come to an end with the allowed period of laytime extended by delay caused for any reason beyond the charterers' control if that is what the evidence established. In many cases the evidence will not do this, and when it does not cl.9 will apply as it did in ***The Angelos Lusis.***"

But when the case reached the House of Lords[93], their Law Lords unanimously reversed the decision of the Court of Appeal and held that as the charterers had not procured a berth within the six hours specified in cl.6 after the vessel's arrival, there had been no berth which could have been 'reached on arrival' within cl. 9. Accordingly the warranty in cl.9 had been broken and cl.6 did not apply to protect the charterers.

> "I would only add," said Lord Roskill," that the case seems to have proceeded in the Courts below upon the footing that there was a conflict between cll.6 and 9

President Brand[85] and applied by the Court of Appeal in ***The Delian Spirit***[86]. In ***The Laura Prima*** [87], however, the Court of Appeal distinguished ***The Anglos Lusis*** in the ground that the clauses related to lay days differed in both cases. In that case ***The Laura Prima*** was chartered to carry oil from Marsa el Hariga, Libya, to Sarroch, Sardinia. The charterparty which was on EXXONVOY 1969 form provided:

> "**6** -Notice of readiness: Upon arrival at... port of loading... the master... shall give the charterer... notice... that the vessel is ready to load... cargo, berth or no berth, and laytime... shall commence upon the expiration of six... hours after receipt of such notice.... However, where delay is caused to vessel getting into berth after giving notice of readiness for any reason over which charterer has no control, such delay shall not count as used laytime.
>
> **9** - Safe berthing- shifting. The vessel shall load... at any safe place or wharf, or alongside vessels... reachable on her arrival, which shall be designated and procured by the charterer..."

On arrival at the loading port in Libya at 0140 hours on November 27, 1978 and the master gave six hours' notice of readiness as provided by cl 6 but could not get into a berth because none was available, a situation for which the charterers were not responsible and which was beyond their control. The vessel could not berth until 1630 hours on December 6. The shipowners said that demurrage began at 0740 hours on November 30, 72 hours after the expiry of the notice of readiness, and ended when loading was completed on December 8. Alternatively, they claimed damages for detention.

The charterers claimed to be relieved from any liability for delay before 1630 hours on 6th December by cl 6 of the charterparty because it was caused by reason s over which they had no control.

Mocatta J. held [88] that the shipowners' demurrage claim

afloat." She anchored at Constanza roads and was permitted to enter the port five days later, when a berth was available. The charterers contended that "reachable on her arrival" meant arrival in the port, and that they need not nominate a loading berth until the ship entered its commercial area. It was held that they were in breach and that shipowners were entitled to damages for detention. Megaw J. said that the provision that the ship should load "at a place ... reachable on her arrival" was intended to be a stipulation giving the shipowners some contractual right which they would not otherwise have, and to impose on charterers a contractual obligation of value to the shipowners. He added (84):

> "If the words 'on her arrival' have the meaning for which the charterers contended, the owners have got nothing: the provision might as well not be there ... If it is to be assumed that the general requirements of the port authority at Constanza are what the umpire has found them to be in this case, that is, that a vessel may not enter the port until a berth is available, then there is no place within the port where vessels ordinarily lie awaiting their turn to load. Thus a vessel under a port charter could not become an 'arrived vessel' in this sense until a berth had actually become available... The parties, in using the words 'on her arrival,' did not have in mind, or at least did not have solely and exclusively in mind, the technical meaning of 'arrival' in respect of an 'arrived vessel' in a port charter-party: they had in mind her physical arrival at the point, wherever it might be, whether within or outside the fiscal or commercial limits of the port, where the indication or nomination of a particular loading place would become relevant if the vessel were to be able to proceed without being held up..."

The construction placed by Megaw J. in the above case upon the 'reachable on her arrival' was followed by Roskill J. in ***The***

contrary, the shipowner's obligation end as soon as his ship has arrived at the usual waiting place within the limits of the port, the ship is then which is so-called an 'arrived ship', any further operation of berthing her is the charterer's responsibility, it does not much matter how or when he exercises his selection of the berth. If because of congestion he cannot designate a berth which she can proceed immediately laytime nevertheless starts to run against him and any delay will be at his risk.

Therefore to say that the charterer, although his failure in performing his duty to select an available berth that kept the ship waiting, can rely on the charterparty exceptions in order to exclude liability which he would otherwise have to bear would in my opinion be unfair and hardship to the shipowner who had brought his ship within the port and as near as he could to the loading place and because of the charterer's failure she could not get to the berth and has still to bear the risk during the time of waiting. Furthermore, such approach would seriously have blurred the distinction between port and berth charter.

However, it is submitted that the berth named must be one to which by terms of the charterparty the charterer is entitled to direct the ship to proceed, if it is not such a berth and the ship is prevented from getting to it owing to an obstacle created by the charterer, or owing to his default in performing his duty, then it is well established that the shipowner has done all that is needful to bring the ship to the berth and that the charterer must pay for the subsequent delay. To deal with a situation of this kind it is common practice to insert in the charterparty a clause that requires the charterer to nominate a ready berth or a berth which is available upon arrival. Under such provision the ship may be regarded as having arrived although she does not satisfy the requirements of an 'arrived ship'. Thus, in ***The Angelos Lusis*** [(83)] the vessel was chartered for a voyage to Constanza "or so near unto as she may safely get (always afloat)." The charter contained a clause provided that the vessel to 'load and discharge at a place or at a dock or alongside lighters reachable on her arrival which shall be indicated by charterers, and where she can always lie

delivery. It will not do, for instance, to choose a dock the entrance to which is blocked-that would be practically no exercise at all of the option; and I think this is what Lord Blackburn meant in ***Nelson v. Dahl***,[78] and follows from the cases he there cited, of ***Ogden v. Graham***[79] and ***Samuel v. Royal Exchange Assurance Co.***[80] To limit the option of the charterer by saying that, in the choice of a berth, he is to consider the convenience of the shipowner, is to deprive him of the benefit of his option. The most that can be said is that the charterer does not exercise his option at all unless he chooses a berth that is free or is likely to be so in a reasonable time." [81]

Furthermore, in ***The Prometheus***,[82] a ship chartered to proceed to Buenos Aires. She arrived at the 'intersection' anchorage. She was then an arrived ship. But, the charterer in exercising his implied right of selection, nominated an occupied berth so she remained waiting at her anchorage.

Mocatta, J. held that the vessel was an arrived ship for loading when she reached the intersection anchorage of the port of Buenos Aires. The real dispute in that case was as to the charterers' selection of a berth. The judge held that a selection of a berth under a port charter, once notified to the master or the owners or their agents amounted to an election which the charterer could not thereafter change unilaterally and to which the charter exceptions applied.

I agree with the judge in that the charterer could not unilaterally change the berth who has already nominated particularly if the shipowner has at the time of change committed his ship to the selected berth and incurred expense or liability to third parties consequent thereon. But I, with respect do not think it is commercial just to apply the exceptions in the charterparty to such selection. We have already seen that under a port charter in the absence of provisions to the

> Until then no obligation could lie upon the charterer to load the cargo, or to receive it, as the case might be. If the specified berth were occupied by other shipping, the vessel was still at the voyage stage while waiting in the vicinity of the berth until it became available, and time so spent was at the shipowner's expense." (76)

Furthermore, the charterer, in exercising to his express right to name the berth, is not bound to name a berth which is immediately available provided that it will be available within a reasonable time. Therefore the fact that the ship's delay in getting alongside the berth due to occupation of the wharf by other ships not being the charterer's ships or to the state of the tides does not affect the foregoing rule. ***In Tharsis Sulphur Co. v. Morel***,(77) a ship was to proceed to the Mersey, and deliver the cargo "at any safe berth as ordered on arrival in the dock at Garston." On arrival a berth was ordered by the harbour-master as customary. But, owing to the crowded state of the dock , the ship, though in the dock, could not at once get to her berth. The shipowners claimed demurrage. The principal point in issue was when the vessel became an Arrived ship and on this Court of Appeal held that the charter was a berth charter so that time did not begin to run until the vessel berthed. In the course of his judgement, however, Lord Justice Bowen dealt with the exercise of an option by a charterer to nominate a berth, dock or port saying:

> "Then we were told that an option was given to the charterer, and that it was not properly exercised unless a berth was chosen that was empty. But I think there was a confusion in this argument also. The option is given for the benefit of the person who was to exercise it. He is bound to exercise it in a reasonable time, but is not bound in exercising it to consider the benefit or otherwise of the other party. The option is to choose a port or berth or dock, that is, one that is reasonably fit for the purpose of

BERTH CHARTERS

Berth charters are those in which the place to which the vessel is to proceed and there load or discharge is a single berth, either named in the charterparty itself or nominated thereafter by the charterer in the exercise of an express power given to him by the charter to do so.[74]

It is cleary settled by authorities that if the charter in the berth and the berth is identified or nominated, the ship will only be an arrived ship when she gets to the named berth. Until she has actually reached her final destination i.e. the berth, lay days allowed for loading or discharging do not start to count against the charterer. And the charterer's obligation to load or receive the cargo does not become operative, except in so far as he may be under an obligation, referable to the known custom or regulation of the harbourmaster to have a cargo or such part of it ready for the purpose of enabling the ship to gain admission.

> "...in the case of a berth charter", said Jenkins L.J., "(that is to say, a charter which requires the vessel to proceed for loading to a particular berth either specified in the charter or by the express terms of the charter to be specified by the charterer) lay days do not begin to run until the vessel has arrived at the particular berth, is ready to load, and has given notice to the charter in manner prescribed by the charterer of her readiness to load." [75]

So also Lord Diplock in ***The Johanna Oldendorff*** :

> "Where a single berth was specified in the charterparty as being the place of loading or of discharge, the loading voyage or the carrying voyage did not end until the vessel was at that very berth.

she would otherwise have been." [73]

No great difficulty concerning the obligations of the parties arises under a dock charter because once the ship has arrived within the area of the named dock the obligation of the shipowner is to put her at the disposal of the charterer in a state of readiness to load or discharge her cargo, and thereafter to comply with the directions of the charterer as to the particular berth at which the cargo is to be loaded or discharged. If the charterer failed to perform his obligation to secure a berth for the purpose of loading or discharging the ship as soon as she had been put at his disposal by the shipowner he is responsible for loss occasioned to the shipowner by the delay. He is, also, responsible if the ship is prevented from entering the dock by an obstacle caused by him or in consequences of his engagement.

> manner.' These words are, however, only part of the ordinary printed form of charterparty, and must be taken, I think, to apply to the mode of loading, and not to the place to which the shipowner undertakes that the ship shall proceed. ... It would be giving such an expression a very extended construction to say that it applies to the place to which the shipowner undertakes the vessel shall proceed so as to increase his liability to the extent here contended for." (70)

He concluded that the lay days began when the ship entered the dock. As Denman J. put it: (71)

> "on the day when the ship arrived in the dock the shipowner had done all that he was bound to do."

A ship may be held to have arrived whether or not the charterers are ready for her, if she has entered the dock, for whatever reason, and is ready. ***In Compagnie Chemin de Fer du Midi v. A. Bromage & Co.*** (72) a vessel was ordered to discharge her cargo at Barry Dock. On arrival, although no berth was available, she was allowed to enter the dock as she was short of bunkers. On completion of bunkering, she gave notice of readiness although not in berth. Charterers therefore argued that laytime should not start to run because she was not in berth and/or because the vessel had only been admitted because of her unseaworthiness by reason of being short of bunkers. Both these arguments were rejected by Greer J, who said:

> "It seems to me there are many reasons which may expedite or delay the arrival of a ship in the place from which her time was to count. The fact that the arrival was expedited in this case by the good nature of the dock authorities in letting her in order to prevent her from lying in the roads without sufficient coal, is one of the circumstances that have in fact resulted in her being an arrived ship before

DOCK CHARTERS

A dock charter is that in which the corresponding named or nominated place is a dock enclosing a comparatively small area entered through a gate and containing , it may be, several berths.[67]

The rule which has been well formulated by the end of the 19th century is that when the charterparty stipulates that the ship is to proceed to named dock or to dock as ordered, then she will, in the absence of any custom of the port regulating the matter, be an 'arrived ship' only when she gets inside the specified dock, although she is not then in the particular part of the dock in which the particular cargo is to be loaded or discharged. This was so held in ***Tapscott v. Balfour***[68] where the charter was 'to proceed direct to any Liverpool or Birkenhead dock as ordered by charterers, and there load in the usual and customary manner a full and complete cargo of coals. The vessel was ordered to the Wellington Dock, Liverpool. Coal is usually loaded there from tips, sometimes from lighters. The vessel arrived at Liverpool. She was not permitted by the authorities to go into the dock until the 11th of July and could not get under the tips till July 22. Bovill C.J. said:

> "...the shipowner has done all he was required to do when he has taken this vessel to the usual place of loading in the port."[69]

He said of the choice of dock:

> "It seems to me that the effect of such selection was precisely as if that dock had been expressly named in the charterparty originally, and the agreement had been that the vessel should proceed direct to the Wellington Dock, and when there should load in the usual and customary manner. Now, great stress was laid on the words 'in the usual and customary

concerned to widen, not narrow, the concept of an arrived ship. The fact that it did so in terms sufficient to cover the case before it, is not to say that it is authority against a wider proposition.

Lord Diplock felt that in practice the Reid test has not proved difficult of application because of any doubt as to whether the usual place where vessels wait their turn for a berth at a particular port lies within the limits of that port or not. But the limits are not always specified as Lord Diplock thought and such thing can be seen from the finding of the arbitrator in ***The Freijo*** [(64)] which was quoted by Donaldson J.:

> "There is no evidence that this port [Lourence Marques] has any specified fiscal and commercial limits as do most other ports in the world such as Liverpool (Mersey Bar), Hull, etc. Life is simple in warm climates".

It is in fact not so easy to day to understand why the risk of delay should be borne by the owner or by the charterer depending entirely on the accident of whether the waiting place happens to be inside or outside an imaginary line which marks the legal limits of the port. That cannot have been intended by commercial men [(65)] since the extent of a port's legal limits makes no difference in any particular sense to either party.

To day, the tendency is for ships to increase in size especially oil tankers and consequently that it becoming more and more difficult for them to wait in area within the geographical or legal limits of many ports, but they can quickly get within those limits as soon as the charterer nominate by radio an available berth.

It is to be regretted that the House of Lords in The ***Maratha Envoy*** once again lost the opportunity to make the law in relation to the concept of arrived ship practical and simple so that business men and if necessary arbitrators and umpires can solve by simple calculation without imposing upon the ship the requirement of presence within the legal limits of the port, any inquiry which can be difficult to resolve.(66) The House of Lords in ***The Johanna Oldendorff*** was

> "...there is no decision," said Lord Denning M.R., " which binds us to hold that a vessel cannot be an arrived ship until she gets within the limits of the ports....I think that, at the present days a vessel should be held to be an arrived ship when she has reached the usual waiting place for the port, even though it may be a few miles outside the limits of the port itself. The reason being that she has completed her carrying voyage and is at the disposition of the charterers as effectively as if she was inside the port itself in the vicinity of a berth." (61)

But unnecessary caution, reluctance to depart from a previous decision, lack of commercial commonsense and knowledge concerning the practicalities of modern shipping life, have all contributed in making the House of Lords reversed the Court of Appeal (62) and laid down in an uncompromising manner, that the term 'within the port' connoted the legal or fiscal limits of the port and obviated rumination about the port as a commercial concept.

Lord Diplock who delivered the unanimous judgement rejected Lord Denning M.R. and Shaw L.J. s' contention saying:

> "...there would be much to be said for this approach if the chartering of the ships had been a recent innovation instead of the charterparty being one of the earliest of commercial contracts. Its form and nearly all the phrases used in it have evolved over many years, in some cases running into centuries, in the course of which their meaning in the special context of this kind of contract has acquired legal certainty by judicial exegesis. So one starts not with a clean slate but with a palimpsest on which even some of the earliest writing may still show through." (63)

accordingly laytime had commenced on that date. Donaldson J held that the vessel did not become an arrived ship until 30th December. Applying the Reid test he held that the voyage of convenience did not serve to make the Maratha Envoy an arrived ship at the port of Brake. For the test to be satisfied it was 'essential feature ...that the voyage shall have ended and the vessel be waiting. This never happened in the case of the Maratha Envoy.'[59] His lordship's decision was reversed by the Court of Appeal. The court thought that in getting the vessel to the Weser Lightship the owner had done all that he possibly could. Although they had previously held that a vessel waiting at the Weser Lightship was not an arrived ship at another of the Weser Lightship . They were prepared to hold that the Maratha Envoy had arrived when she first anchored at the Lightship. The court pointed out a major illogically in holding that a vessel could not be an arrived ship until she entered the legal limits of Brake itself, namely that, as she could not enter Brake until a berth was available, the port charterparty would effectively become a berth charterparty.

Stephenson L.J. recognised that, on the authority of Oldendorff, the Maratha Envoy did not become an arrived ship until she had come to rest at a waiting place within the port of Brake but stated that shippers, charterers and shipowners who used the ports on the Weser would regard the waiting place as part of them. This led him to conclude that the port of Brake now includes the waiting area of the Weser Lightship'.[60]

Lord Denning M.R. and Shaw L.J. rejected as superfluous the requirement laid down in the Reid test that the ship must be within the limits of the port. They regarded the rationale of the test laid down in ***The Johanna Oldendorff*** as based exclusively upon the vessel being 'as effectively at the disposal of the charterer for loading or discharging while at that waiting place as she would have been if waiting in the immediate vicinity of the berth'. They pointed out that the ability of a vessel to satisfy this requirement does not depend upon whether the waiting place is just within or just outside the legal, fiscal or administrative limits of the port.

place is within or outside these limits. It might also be necessary in many cases for arbitrators to wire for particulars of the relevant rules and regulations of the port in question.

In ***The Maratha Envoy*** the Court of Appeal [(58)] realised the difficulties which may arise from requiring the ship to arrive within the legal limits of the port and was ready to get around ***The Johanna Oldendorff ratio decidendi.*** In this case ***the Maratha Envoy***, a large bulk carrier which was chartered on the Baltimore Form C, was bound for one of four ports on the River Weser. The charterparty contained a printed clause which provided that time for discharging should count after notice of readiness had been given and that notice of readiness could be given 'whether in berth or not'. But the charter did not include the Weser Lightship clause which provided that a vessel waiting at the lightship for a berth could tender notice of readiness as if she were an arrived ship. The Maratha Envoy arrived at the Weser Lightship on 7th December. At that date the charterers had not nominated a discharging port and no berths were available at any of the four ports on the River Weser. Accordingly, the vessel anchored at the lightship to wait for a berth. On 10th December the charterers nominated Brake, one of the four Weser ports, as the discharging port but as a berth was not yet available at Brake the vessel continued to wait at the lightship. The lightship, which lay 25 miles seaward from the mouth of the River Weser, was outside the legal, fiscal and administrative limits of the port of Brake and was not regarded by charterers and shipowners using the Weser ports as forming part of any of those ports. On 12th December the shipowners carried out a manoeuvre to constitute her an arrived ship whereby the vessel proceeded up the river until she was opposite the port of Brake and, while turning round in midstream to return to the lightship, served notice of readiness on the charterers' agents; the vessel then went back to her anchorage at the lightship. Thereafter the vessel remained at the lightship until 30th December when a berth became available at Brake.

The shipowners contended that the vessel became an arrived ship on 12th December when notice of readiness was given and that

he adopted the opposite view where a ship bound for Brake on the River Weser anchored in the vicinity of the Weser Light vessel, on the ground that this place, although one of the usual waiting places for vessels bound for Brake, was outside the limits of the port. If the control of movement of ships is considered from the view point of traffic control , Donaldson J. was bound by the decision in ***The Johanna Oldendorff***.[55] But if this is what Lord Reid meant, the concept is unconvincing, for the allocation of the risk of delay would then depend on circumstances which have no connection whatsoever with the commercial venture or with the common intent of the parties. It is in fact hard to understand why the risk of delay should be borne by the owner or by the charterer depending upon whether the administrative or other limits of the port of destination are narrow or wide.

The charterparty in the case of ***The Maratha Envoy*** might have included both Liverpool and Brake in the range of ports of destination: in one place the usual waiting place within the "legal, administrative and fiscal area" of the port, whilst in the other it is not. Is there any ground or sense for making the allocation of the risk depend upon such a factor?

Another illustration to the difficulty is ***The Agamemon***[56] arbitration were a London umpire found himself forced to follow ***The Johanna Oldendorff*** and to hold that a vessel had not arrived at Rotterdam while waiting at the usual waiting place off the Hook of Holland and which is a short distance outside the legal limits of Rotterdam. While nearly at the same time New York arbitrators who generally rely on English judicial decisions held in ***The Polyfreedom***[57] whose facts were on all fours with those of the Agamemon, that the vessel had arrived.

One may add that to regard the legal limits as crucial point in deciding whether a ship has arrived or not will leave shipowner with the problem of ascertaining for each voyage the exact legal limits of the port to which his ship is to proceed and whether the usual waiting

But can it be said that the decision in ***The Johanna Oldendorff*** provides a satisfactory solution to the problem?

Expressing his disappointment with the decision in The Johanna Oldendorff, Mr. Davies [51] a well-known London maritime arbitrator, observed, quite correctly, that by stipulating that the ship must be within the port in order to be an 'arrived ship' can lead and did lead to difficulties because of many ports particularly those in the Mediterranean and the Arabian Gulf not only having no exact legal limits but, there is also much doubt as to the extent and degree of regulation of ships by port authority and arbitrators are already being faced with problems regarding whether or not a usual waiting anchorage is, or is not, within the port, and this in Mr. Davies' view runs counter to the words of Lord Reid which state (inter alia):

> "But I find it difficult to believe that there would, except perhaps in rare cases, be any real difficulty in deciding whether at any particular port the usual waiting place was or was not within the port. The area within which a port authority exercises its various power can hardly be difficult to ascertain. Some power with regard to pilotage and other matters may extend for beyond the limits of the port. But those which regulate the movements and conduct of ships would seem to afford a good indication and in many cases the limits of the port are defined by law". [52]

The difficulty which may arise in attempting to ascertain the limits within which the port authority regulates the movement of ship can be illustrated by making a comparison between the decision of Donaldson J. (as he then was) in ***The Delian Spirit***[53] and his decision in ***The Maratha Envoy***.[54] Whilst in the former case Donaldson J. held that the vessel had arrived at the port of Tuapse, albeit she was forced to remain outside its legal and geographical environs, in the latter case

" My Lords, the application of the principle that under a port charter the vessel must be put at the disposal of the charterer before lay time for loading or discharge can start, ...must take into account changes in the kinds of ships used in maritime commerce, in means of communication and in port facilities and the management of ports. If a port is congested so that on arrival within its limits the chartered vessel cannot proceed immediately to a berth to load or to discharge, it is of no business importance to the charterer where she waits within the ports' limits, so long as it is a place (1) where she counts for turn if the port is one where vacant berths are allotted to waiting vessels in order of arrival; (2) where the charterer can communicate with her as soon as he knows when a berth will become available for the cargo to be loaded or discharged, and (3) from which the vessel can proceed to the available berth when she receives the charterer's communication, so as to arrive there as soon as the berth has become vacant or so shortly thereafter as not be significant for practical purposes." [49]

It is not doubt comparing with its decision in ***The Aello*** that the House of Lords has considerably widened the area within which a ship may be 'arrived' under a port charter, to include not merely "that part of the port where a ship can be loaded when a berth is available," but the whole area of the port "in its commercial sense" i.e. the port as understood by shippers, charterers and shipowners. This may or may not coincide with the legal area of the port: the area within which the port authority exercises powers regulating the movements and conduct of ships may be some indication, although powers over matters such as pilotage are sometimes exercised far beyond the limits of the port in its commercial sense. [50]

useful in determining what are the limits of the port in its legal sense but port discipline may be exercised and submitted to over a wider area than the port in its commercial sense.

(8) Under a port charterparty a vessel has arrived when (i) if it can proceed directly to a berth or dock, it has arrived there and (ii) if it cannot do so, it has reached that part of the port in which vessels waiting to load or discharge cargo usually lie before moving directly to a dock or berth. At that part of the port she can be effectively placed at the charterers' disposal for loading or unloading and that part of the port is to be regarded as part of the port in its commercial sense.

(9) If within the port though not for some reason at the usual waiting place, a ship may still be an "arrived ship" if, at the place where she is, she can be effectively placed at the disposal of the charterers.

(10) The "usual place" may be changed by a port authority or by a regulation. If for some reason due to the conditions of the port and not of the ship, a vessel wishing to wait at the usual waiting place is ordered to lie elsewhere by the port authority, I think, though the question does not arise for decision in this case, that she ought to be regarded as an arrived ship".

Lord Diplock, in his turn, after having explained that the adventure contemplated by a voyage charter involves four successive stages, i.e., the loading voyage, the loading operation, the carrying voyage and the discharging operation, and that each stage must be completed before the next can begin, stated:

come in the light of the cases. His Lordship stated these conclusions as follows [48]:

> " (1) That under a port charterparty to be an arrived ship, that is to say a ship at a place where a valid notice of readiness to load or discharge can be given, she must have ended her voyage at the port named.
>
> (2) The port named in the charterparty must be given the meaning which those persons using it as a port, shippers of goods, charterers of vessels and shipowners, would give to it.
>
> (3) The physical limits of a port afford no reliable guide, for the physical limits as indeed the pilotage limits, may extend far beyond the limits of what those using it would regard as the port.
>
> (4) The area of some ports may be defined by law....
>
> (5) A vessel has not reached her port of destination until it has ended its voyage within the port, either in its legal, or if it differs, in its commercial sense. If it is refused permission and ordered to wait outside the port by the port authority it is not an "arrived" ship.
>
> (6) If it is within the port in its legal sense it does not follow that it is within the port in its commercial sense.
>
> (7) Brett M.R.'s definition in ***Garston Sailing-Ship Co. v. Hickie & Co.,*** 15 Q.B.D. 580 and his reference to port discipline may be

In order to give full consideration to the question of 'arrived ship' the House of Lords refused to adopt the leap-frog procedure for which the trial judge gave the necessary certificate because it sought to review the whole position afresh in light, inter alia, of the material furnished by the judgements delivered in the Court of Appeal.[46]

Declaring that ***The Johanna Oldendorff*** was an arrived ship and that ***The Aello*** had been wrongly decided, their Law Lords established a new test by which ***a vessel has 'arrived' when she is , if she could not proceed immediately to a berth, in a position within the port at the immediate and effective disposition of the charterer*** [italics by the writer].

The leading speech was given by Lord Reid, who formulated what has been known as 'the Reid test'. The ratio of his judgement contained in the famous and oft-quoted passage:

> "...***Before a ship can be said to have arrived at a port she must, if she cannot proceed immediately to a berth, have reached a position within the port where she is at the immediate and effective disposition of the charterer. If she is at a place where waiting ships usually lie, she will be in such a position unless in some extraordinary circumstances proof of which would lie in the charterer... If the ship is waiting at some other place in the port then it will be for the owner to prove that she is as fully at the disposition of the charterer as she would have been if in the vicinity of the berth for loading or discharge*** [emphasis supplied]." [47]

In his part Lord Dilhorne set out the conclusions to which he had

some 17 miles from the docks. The vessel had been ordered there by the port authorities, after clearing with the customs, as there was no berth available for her. Notice of readiness was given the same day. She waited at the bar for a berth until January 20, 1968.

A dispute arose as to demurrage which depended upon when the vessel became an arrived ship.

It was argued on behalf of the owners that the vessel became an arrived ship when she anchored at the bar anchorage because that is within the port of Liverpool, it is the usual place where vessel lie waiting a berth, and it was the place to which she had been ordered to go by the port authority. The charterers countered this argument saying that that anchorage is at least 17 miles from the dock area, or commercial area of the port, that arrival at that anchorage is not arrival at the port of Liverpool/Birkenhead and that the ship did not arrive until she proceeded to her unloading berth in the Birkenhead docks. Both the High Court (Donaldson J.) [(43)] and the Court of Appeal [(44)] (Buckley and Roskill L.JJ., Lord Denning M.R. dissenting) held, on the strength of ***The Aello***, that the vessel was not an arrived ship. Lord Justice Roskill, however, was aware of the practical difficulties of following the majority view in ***The Aello***:

> "I recognise that in the case of a port like Liverpool and other ports on rivers or elsewhere where for geographical reasons a ship cannot wait for a loading or discharging berth either in a river or elsewhere near to the dock or wharf area and also indeed in the case of small ports..., this conclusion is likely in many cases to convert port charters into berth charters, since for all practical purposes in such cases the ship will not be in the commercial area until a very short time before or even when she finally ties up to load or discharge." [(45)]

finally decided. It is widely known that it was not a popular decision either in St. Mary Axe or in the Temple. It is also widely known that its application has from time to time caused difficulty not only to brokers but also to arbitrators and umpires and indeed to judges..."

In ***The Maratha Envoy*** [39] Lord Dipolck observed:

"Legal certainty on this subject (i.e. arrived ship) had been impaired by the earlier decision of (the House of Lords) in ... ***The Aello***, which had laid down a test ('the Parker test') of what was an 'arrived ship' under a port charter. The Parker test had in the years that followed turned out in practice to be obscure and difficult to apply to the circumstances of individual cases." [40]

In order to correct what seemed to be an untenable legal position created by the Aello case and to bring it in line with the requirements of maritime practice, the House of Lords went one step further in the interpretation of the concept of "arrived ship" . But only one step, although a couple of them were need and that was in ***The Johanna Oldendorff*** [41]" which was brought up to the (same) House of Lords for the specific purpose of re-examining the Parker test with a view to replacing it by one which had provide a greater legal certainty." [42]

Under a port charterparty the owners of the motor vessel Johanna Oldendorff chartered her to carry grain to one of six ports at the charterers' option. By clause 3 time for discharge was to count "weather in berth or not." Further to instructions, the vessel proceeded to Liverpool/Birkenhead. At 14.40 hours on January 3,1968, she anchored at the Mersey Bar waiting for a berth to become available. Mersey Bar anchorage was within the legal, administrative and fiscal area of Liverpool/Birkenhead, and was the usual waiting place for grain ships discharging at the port, but it is

> " As I read the judgement of ***Kennedy L.J. in Leonis Steamship Co. Ltd. v. Rank Ltd.***, he was saying that in the case of a charterparty naming a port and nothing more as the point of destination, the test of whether a ship had become an arrived ship was whether the ship had reached the commercial area of the port; he regarded, I think, the question what was the commercial area in any particular case as one to be decided on the facts of the case. To put the matter in other words, he was saying that the test to be applied was what would a man of business, a marine officious bystander, to adapt Mackinnon L.J.'s well-known phrase, looking at all the facts of the case, including any relevant port regulations, regard as the commercial area of the port." (36)

This restricted interpretation of the "arrived ship" concept - as was upheld in the case of the Aello - allowed for greater certainty as to when a ship could be considered to have arrived in a port charter, but was a long way from solving some urgent problems posed to maritime law and practice by the contemporary technology of sea transportation. It almost converted a port charter into a berth or dock one, because the commercial area in the defined sense is usually near the dock or berth where the loading or discharge should take place. To take put one example, a vessel could reach a spot very near to her loading place, but owing to the lack of a free berth she could not be considered an "arrived ship", because she was ordered to anchor at a waiting place which just happened to be outside the commercial area of the port.(37)

The difficulties of implementing the Parker test became apparent in the years that followed the decision, about which Lord Justice Roskill said in the Court of Appeal in ***The Johanna Oldendorff***(38):

> "...It is now over 12 years since ***The Aello***... was

different activities, many of which are properly carried on in different parts of the port, and the parts that may be resorted to in connection with one class of cargo may be, and often are, different from the parts resorted to for dealing with another. In fact, the phrase "commercial operations" does not occur at any point in the judgements in Leonis v. Rank. Nor do I find it any more acceptable to try to define it, as has been done by the judgement of the Court of Appeal in the present case, as " "that part of the port where a ship can be loaded when a berth is available, albeit she cannot be loaded until a berth is available." ***It is not only that such a description (Parker L.J.'s description) is , if I may say so with all respect, altogether too imprecise as a general guide for identifying the relevant area: it is also, in my opinion, a misunderstanding of the true significance of the Leonis v. Rank decision to seek to treat the "commercial area" for the purposes of any particular charterparty as if it were a fixed area of defined geographical limits which the ship must be treated as reaching or failing to reach without regard to the actual circumstances that prevailed at the time when the obligations of the particular voyage matured. "Commercial area" as applied to ships waiting for cargo is more accurately understood as defining a set of circumstances relevant to the voyage and the port than as delimiting a "part of the port where a ship can be loaded*** [emphasis supplied]." (35)

Lord Cohen agreed with the reasoning and conclusion of Lord Radcliffe and observed :

The judgement of Lord Morris also puts much emphasis on the cargo which is to be loaded or discharged. It states (inter alia) [34]:

> "The phraseology used in ***Leonis Steamship Co. Ltd. v. Rank Ltd.*** and other cases shows that it is no easy matter to employ the appropriate words to describe an area of water which is itself within a larger area, but Kennedy L.J. conveys the conception when he speaks of the commercial area within the port which is usually occupied by vessels whose obligation and purpose is to receive a cargo. A vessel may be within that area but may not be actually loading; she may be waiting to be loaded-or waiting to move to a berth at which she can be loaded. But if it can reasonably be said that a ship which is required to go to a port in order there to load has reached the commercial area of the port within which are the loading spots for her specified cargo, so that she next awaits details as to her particular loading spots and directions as to proceeding to them, then it can also fairly be said that she has arrived at her destination ... My Lords ... I conclude that, in a business and commercial sense the Aello had not completed her passage to the port of Buenos Aires in order there to load maize until she had arrived within what might in this case be called the docks or commercial area, and which contained the places where the loading of maize would take place."

A different approach was adopted by Lord Radcliffe and Lord Cohen in their dissenting judgements:

> "It is, I think," said Lord Radcliffe, "impossible to hope to identify (the commercial area) in any particular port by inquiring in what part of the port "commercial operations" are carried on. Commercial operations embrace a great variety of

"The essential effect of those principles (stated in ***Leonis v. Rank***) is, as I understand them, to impute to charterer and shipowner under a charterparty requiring a vessel to proceed to a given port and there load, without further details as to place, the intention that the shipowner will (in point of geographical position) have performed his duty of making the vessel available to load at the port in question when he has brought it to the "commercial area" of the port, that is to say, the area in which the actual loading spot is to be found and to which vessels seeking to load cargo of the relevant description usually go, and in which the business of loading such cargo is usually carried out. The area presumed to be intended by the hypothetical owner and charterer is further particularised in point of proximity to the actual loading spot as being the area on arrival within which the master can effectively place the ship at the disposal of the charterer, and the position of the ship in which is to be as near as circumstances permit to the actual loading spot and in a place where ships waiting for access to that spot usually lie".(32)

His Lordship then went on to say:

The judgements, as I think, clearly postulate as the "commercial area" a physical area capable (though, no doubt only within broad limits) of identification on a map. When the given ship enters that area and positions herself within it in accordance with the requirements just stated, she is (in point of geographical position) an arrived ship; until she do so she is not an arrived ship, and lay days and demurrage are to be calculated accordingly." (33)

" In the ***Leonis v. Rank*** case the ship in question was not 22 miles away from the dock area; she was anchored but a few ships' length off the pier alongside which loading took place. I agree, of course, that distance is not a conclusive factor, but what ***Kennedy L.J. was*** , I think. contrasting throughout his judgement was an area where loading takes place as opposed to the actual loading spot. The commercial area was intended to be that part of the port where a ship can be loaded when a berth is available, albeit she cannot be loaded until a berth is available [emphasis supplied]." (28)

I agree with ***Lord Reid*** (29) in regarding the above quotation from the judgement of Parker L.J. and in particular the concluding part of it does not accurately reflect the views expressed by Kennedy L.J (30) . If it were, it would lead to the absurd conclusion that the decision of a case must be different if on one hand the usual waiting area is just inside that part of a port where a ship can be loaded or on the other hand just outside that part of the port, although this slight difference of location would make no practical difference in any commercial sense to any one.

When ***The Aello*** reached the House of Lords,(31) all the Lords accepted the principles laid down by Kennedy L.J. in Leonis case as accurately stating the law but they differed as to the interpretation which Parker L.J. in the Court of Appeal had put on the test in Leonis case. The majority of the Lords(Lord Keith of Avonholm, Lord Jenkins and Lord Morris of Borth-y-Gest; Lord Radcliffe and Lord Cohen dissenting) approved the Parker L.J.'s interpretation of the commercial area and the Aello was held not to have come within the designation of an 'arrived' ship when she arrived at the intersection.

Having reviewed a large number of the earlier authorities, especially ***Leonis v. Rank*** , Lord Jenkins stated that:

It is not until the case of ***The Aello***[25] that the concept of 'commercial area' was detailed considered as to its meaning. The relevant facts of ***The Aello*** may be summarised as follows: A ship was chartered on the "Centrocon" form to proceed to the port of Buenos Aires. She arrived on October 12th at the free anchorage in Buenos Aires Roads, which were 22 miles or three hours steaming from the dock area of the port but was within the legal and administrative limits of the port. On September 1st the port authority passed a resolution stating that, owing to the congestion there, no vessel would be allowed to berth without a berthing permit, and this would only be granted if the shippers could produce a certificate from the Grain Board that a cargo was ready for her to load. The resolution also provided that all vessels were to anchor and wait at the free anchorage until a berth was available. No cargo was ready for the vessel on October 12th, and it was not until October 29th that she obtained the berthing permit and entered the inner harbour.

One of the major questions to be decided was whether the vessel became an "arrived " ship on October 12th or October 29th.

The plaintiffs, contending that the ship was not an arrived ship until October 29, claimed the return of demurrage paid by them under protest to the defendants.

At first instance [26] Ashworth J. held that the Aello was not an arrived ship until October 29 because the free anchorage was not a usual waiting place. He rejected the charterer's contention that the commercial area must be a place where loading and unloading operations were usual or at least possible. The Court of Appeal [27] affirmed Ashworth J's judgement. Parker L.J. who gave the leading judgement took as his start point the judgement of Lord Justice Kennedy in the Leonis case. Having said that Lord Justice Kennedy had held that, to be an arrived ship, a vessel must have reached the commercial area of the port and how that had been defined in the Leonis case, Lord Justice Parker went on to say :

area of the named port of destination on arrival within which the master can effectively place his ship at the disposal of the charterer, the vessel herself being then, as far as she is concerned, ready to load, and as near as circumstances permit to the actual loading "spot"...[emphasis supplied], be it quay or wharf, or pier, or mooring, and in a place where ships waiting for access to that spot usually lie, or, if there be more such loading spots than one, as near as circumstances permit to that one of such spots which the charterer prefers." (22)

Later in his judgement Kennedy LJ said:

"...It appears to me that when the Leonis reached the anchorage within the port of Bahia Blanca close to the pier, alongside which the actual loading can and usually does take place and where the charterer desired her to load, and when she was at that anchorage in area within which, according to the evidence, steamers usually lie waiting their turn at the pier, she was an "arrived" ship...it is...immaterial whether she was in a place in which the physical act of loading was possible or impossible..." (23)

The concept of commercial area which Kennedy L.J. dubbed remained the test under English law for over 50 years vis-à-vis the arrived ship concept. If course, with the advance of time and the growth/expansion of ports it became more difficult to delineate the 'commercial area' of the port, particularly so after the Second World War. Even so, it could be said that a vessel had to get fairly close to the loading spot for a vessel to come within the 'commercial area' of a port as defined in Leonis v. Rank; the result caused hardship to owners but it did lead to a considerable amount of certainty.(24)

purposes, so when it is named in a commercial document, and for commercial purposes, the term is to be construed in a commercial sense in relation to the objects of the particular transaction. ... If, then we find a charterparty naming a "port" simply, and without further particularity or qualification, as the destination for the purposes of loading or unloading, we must construe it in regard to the "arrival" of the ship at that destination as meaning that port in its commercial sense, that is to say, as it would be understood by persons engaged in shipping business, and in regard to the arrival of a ship there for the purposes of the charterparty. In the case of a small port, "port" may or may not mean the whole of the geographical port. In the case of a widely extended area, such as London, Liverpool or Hull, it certainly signifies some area which is less than the geographical port, and which may, I think, not unfitly be called the commercial area. But then comes the question what does the expression the "port," viewed commercially, or the "commercial area" in this connection mean? Certainly it does not mean the loading berth, that is to say, the actual spot at which the work of loading or unloading the ship is performed... It may, indeed, be open to a charterer to prove in regard either to a loading or to a discharging ship that there is a recognised and established custom of the port not to treat a ship as being an "arrived" ship until she reaches a particular spot.... In the absence of any proof of a custom of this kind- and I may note in passing that no evidence of such a custom was given in the present case- the commercial area of a port, arrival within which makes the ship an arrived ship, and, as such, entitled to give notice of readiness to load, and at the expiration of the notice to begin to count lay days, ought, I think, to be that

can take place." [18]

His Lordship referred to the phrase "the usual place of loading in the. port mentioned in ***Tapscott v. Balfour*** [19] and said:

"In those words I find an expression of the meaning to be given to what has been called the commercial ambit of the port as distinguished from the whole port in a geographical or maritime sense. It means, not the whole port, but such part of the port as is a proper place for discharging, whether the vessel has reached a berth or not. It is that part of the larger area (the port) which can appropriately be described as the place of discharge, meaning by that expression an area and not a berth." [20]

Kennedy L.J. in delivering his judgement which has generally been regarded as the leading judgement [21] said (inter alia):

"It is when the stipulated point of destination is a port only without further limitation, as in the present case, that a question as to the fact of the ship's arrival at her destination is likely to arise. The limits of a port established by law or ancient custom may be very wide; or, again, in the case of a newly-established place of shipping traffic, the limits may be uncertain because not yet defined by any competent authority... In the case of a port, and nothing more, being designated in a charter-party as the point of destination our Courts have acted in accordance with those dictates of reason and practical expediency which ought to be paramount especially in the region of mercantile business. Just as a port may have one set of limits, if viewed geographically, and another for fiscal or for pilotage

the actual loading place, the ship was not an "arrived" ship until she was in that place.

At first instance, Channell J. held that though, under such a contract, the charterers had an implied right to select the berth to which the ship must go, yet the lay days commenced as soon as the ship arrived at any usual loading place within the port, though she could not go to the named berth except after some delay: as he found that the place where the ship anchored while waiting to go to the named berth was not a usual, but merely a possible, loading space, he decided that demurrage ran from the time she arrived at the pier. This was unanimously reversed by the Court of Appeal. The court accepted the principle that under such a contract the charterers have an implied right to select the particular berth for loading or discharging, and that the ship must go there; though all delay after "arrival" is so doing will fall on the charterers; but they dissented from Channel J., as to when the ship is to be deemed to have "arrived." The ship, they held, was an "arrived" ship, not on reaching a usual loading place, but as soon as she was within the commercial area of the port, and at the disposition of the charterers.

In the Court of Appeal, judgements were given by Lord Justice Buckley and Lord Justice Kennedy. Lord Alverstone CJ who presided, concurred in both.(17) Both judges reviewed the existing authorities in details. In the course of his judgement, Buckley LJ said:

> "The true proposition, I think, is that where the charter is to discharge in a named place which is a larger area in some part or in several parts of which the ship can discharge, the lay days commence as soon as the shipowner has placed the ship at the disposal of the charterer in that named place as a ship ready, as far as she is concerned, to discharge, notwithstanding that the charterer has not named, or has been unable owing to the crowded state of the port to name, a berth at which in fact the discharge

charterer for discharging her cargo" [15]. Therefore, she could not be truly said to have arrived until she was tied up.

But, the rapid growth and expansion of ports following the increase in the size of the ships and their speed made such requirements i.e. to arrive at the usual place for loading/discharge, commercially unjust and hardship to the owner who had brought his ship within the port and near to the loading spot and was still not considered an "arrived ship" because she was not at the usual place of loading. Nevertheless, it was not until the case of ***Leonis SS. Co., v. Rank*** [16] that the court was ready to extend the area within which the ship was deemed to have arrived and that by holding that the ship has arrived ***if the owner had brought her to the area of the port where vessels usually lie when waiting for a berth and where he can put her at the disposal of the charterer*** (italics by the writer)

The chartered vessel in that case was to proceed "as ordered by the charterers or their agents to the undermentioned place or places, and there receive from them a full and complete cargo of wheat.... viz, (4.) at one or two safe loading ports or places in the river Parana, not higher than San Lorenzo, ... which cargo the said charterers bind themselves to ship.... time for loading shall commence to count twelve hours after written notice has been given by the master.... that the vessel is in readiness to receive cargo.... and all time on demurrage over and above said laying days shall be paid for by the charterers."

The ship was ordered to load at Bahia Blanca where cargo is usually loaded alongside the pier which just out into the river. When she got there there was no loading space free at the pier so she anchored in the river within the port only a few ships' length from the pier and in the usual place where vessels lie while waiting for a berth at the pier. While there notice of readiness to load was given and demurrage was claimed from the expiry of the notice. The charterers contended that under such a contract, as the charterers had the implied right to name

Looking at the early decisions of the English Courts we find that in general the ship had, in the absence of provisions to the contrary and unless prevented from doing so by the charterer, to reach the usual place of loading or discharge within the port before she was considered to have arrived. This was so held in several cases. ***In Brereton v. Chapman,***[11] where a ship going to discharge at the port of Wells was not deemed to have arrived, until she had arrived not merely at the entrance or in the port, but at the usual place for discharging vessels which arrive in the port to be discharged.

Kell v. Anderson [12] was as to the same point, the named port being London. The ship was held not to have arrived at her destination when she reached Gravesend, which is within the geographical and legal limits of the port of London but it was some 22 miles down river from the discharging place.

In Brown v. Johnson ,[13] a ship under a charter party to discharge at the port of Hull entered the dock which was the usual place of discharge but was delayed by congestion in reaching her berth. The judge in the lower court held that laytime began when she entered the dock. Lord Abinger C.B., sitting in the Court of Exchequer of Pleas said:

> "My opinion is, that the lay days under this charterparty commenced from the time of the vessel's coming into dock; it had then arrived at its usual place of discharge. They certainly did not commence at the period of its entering the port ." [14]

To require the ship to arrive at the usual place of loading/discharge may be justified at those early days where " A sailing ship's journey up river from Gravesend would be dependent upon favourable wind and weather. There was no knowing how long it would take her to reach the port after she had noticed that there was room to discharge her cargo there. So she was not while at her moorings, at the disposal of the

"...there is probably no region of English case law in which it is more difficult to reconcile all the decisions ...than that (of the arrived ship). The principles involved have been reviewed at intervals.... It seems unnecessary to follow the various heroic efforts made to explain or reconcile such cases at various times and by various judges."

The development of the concept of an "arrived ship" will be examined here in the light of English decision, because Arab Courts have not yet, as far as the writer is aware, considered disputes of laytime and demurrage as such disputes, because of the arbitration clause, are always referred to arbitration in U.K. This practice has made the decisions of English arbitrators and courts the main sources which all arbitrators and courts consult throughout the world.

Port Charters

The charterparty may stipulate simply that the ship is to proceed to a specific port without any further particularity or qualification. Under this form of charter the question of determining the place which the vessel has to reach in order to be deemed an "arrived ship" has given rise to acute controversy [8] :

" Before 1908 - said Scrutton L.J. **in *U.S. Shipping v. Frank C. Strick*** [9] - if you made your charter in the form to go to a berth as ordered, lay days did not begin until you got to the berth as ordered, and the risk of waiting for the berth fell on the ship. Before 1908, if you did not make your charter in that form, but made it in the form to go to the berth of A. and there load, there was a dispute as to the party on which the risk of waiting for the berth fell." [10]

number of days, called lay days, during which the vessel must load or unload, i.e. be at the charterer's disposal. Days spent in these operations in excess of the lay days are charged to the charterer at a daily rate, representing liquidated damages to the shipowner, and known as demurrage. This may amount to a four-figure sum per day [3]

It is nowadays alomost generally accepted that before laytime begins to count, or if no lay days are fixed [4] before the charterer's responsibility for the ship's etention attaches, the following three obligations must be fulfilled:[5]

(**a**) The ship must have arrived at the destination specified in the charter, and so be within the designation of an "arrived" ship.

(**b**) She must in fact, be as far as she is concerned, ready to load or discharge her cargo.

(**c**) She must give the so-called notice of readiness [6], where required, and any prescribed period after the giving of this notice must have elapsed.

The answer to the inquiry whether the ship can or cannot properly be described as an "arrved" ship depends upon the point which has been designated in the charterparty as the destination. The average charterparty states the destination in one of three forms:***(1) A port; (2) a particular dock*** in a port; or ***(3) a particular berth***. Where the charterparty designates either a dock or a berth as the destination the ship must in fact be in that dock or alongside that berth for her to be properly described as an 'arrived' ship; this generally presents no difficulty. It is when the stipulated point of destination is a port only without further limitation that the question where exactly, and in particular where it is a large port, in the port must the vessel arrive to be within the designation of an 'arrived' ship has given rise to considerable difficulties and to judicial opinions not easy to reconcile. Scrutton once said [7] :

Introduction :

For the basic problem of the arrived ship is economic. The day-to-day running costs of a large vessel are extremely high. If, therefore, a vessel is kept waiting in the area of the port named as the destination in the charterparty because of congestion in the port, it becomes a matter of contention whether this cost is to be borne by the shipowner or the charterer. If it is to wait at the shipowner's expense he will endeavour to secure that this risk is covered in the freight rate that he charges . If it is to wait at the expense of the charterer and be paid for as demurrage or by reduction in despatch money he will expect this to be reflected in a lower freight rate charged.

The respective arguments of the shipowner and charterer were clearly expounded by Scrutton L.J. In *Van Nievet Goudriaan & Co.'s Stoomvart Maatschappij v. Forslind & Son* [1] where he stated:

> " On the one hand the charterer has said' How ridiculous it is that my time for loading or discharging should begin before I have got into a berth where I can load or discharge it is absurd to make my pay for time waiting to get there.' On the other hand, the shipowner has said: ' You have got the cargo at the port ; you have got to make arrangements for the berth , and if you cannot get a berth, why should my ship be waiting around at my expense when it is due to the fault of your arrangements for berth, and if you cannot get a berth,why should my ship be waiting around at my expense when it is due to the fault of your arrangements that you cannot get there." [2]

Almost invariably modern voyage charterparties provide a specified

Judicial Development of the Concept of an " Arrived Ship "

By

Dr. Abdulla Hassan Mohammed *

* Lecturer at the Faculty of Sharia and Law, University of U.A.E.

rights in the third category are usually ended by limitation clauses such as" as provided by the law." In this category, human rights are tampered with in may Arab Contries.

Constitutional regulations of liberties and fundamental rights

By

Dr. Mohamed A. Al-Rokn

Assisstant Professor
Faculty of Sharia & Law
U.A.E. University

Human rights has been safeguarded through several means (e.g. political, judicial, legal). Constitution is one of the legal means to establish and protect basic human rights. A constitution lay down between an external party (i.e. international covenenats) and an internal party (i.e. national legislation). It is important, therefore, to demonstrate the links among the three parties.

The prime question of this article is : what is the role of the constitution in regulating and safeguarding liberties and fundamental rights ? It will discuss this issue with especial refernce to the practice in the Arab Countries.

The constitution usually classifies human rights, which is included in its text, into three categories. (1) Those rights and liberties that connot be regulated by the legislature, (2) those rights and liberties which are regulated by the constitution itself, and (3) those rights and liberties which can be regulated by ordinary legislation. The

out" .

I have further tackled the provisions of the contracting party having the right of option, the time the option becomes proved, the effects of "seeing option" on contract fate with regards to its implication and lapse, and whether " option right " lapses with the death of its owner.

Last item was the Conclussion.

transactions of this kind such as far and close distances, cash payment and finally the definition of sale contract based on description.

I have then moved to the study of " selling absent goods on the basis of advance look", conditions of this kind of sale, then the Malkiah's views towards selling with seeing option condition.

After that, the " possible" concept of Al-Ahnaf and their followers was illustrated from both angles of "UN-necessity of contract" and " contract veritability and validity".

Second topic concentrated on domination of contract under Emirates Law, as follows :

- Application of Ahnaf's jurisprudence in Emirates Civil Transaction Law .

- Veritability of contract to Emirates Civil Transactions Law and Jordanian Civil Law.

- Differentiation between " seeing option " and the provisions of " awareness of the sale " under Civil Transcactions Law and Egyptian Civil Law.

This was followed by the " seeing option " subject quoting some examples demonstrated with " provisions of Sale " such as " selling by sample" and " Selling on condition of Tasting" .

Part (2) was started with the subject of " Effects of Physical Seeing on Contract" with regards to " when does the seeing option becomes firm " , " Definition of seeing which proves the Option" , extension of option to cover ownership contracts such as " sales " and " barter " contracts, lease and contract agreements and the " Agreed sharing-

SUMARY

Th Concept of non Present Subjects in light of Emirates Civil Transactions Law and Islamic Jurisprudence

By

Dr. Jassim Ali Salim

assistant Dean
for affairs of Scientific Research

The introduction explained the meaning of this title and that the intrinsic purpose for its selection is due to the fact that the Transactions Law was affected by its original source which is the Islamic Legislation Jurisprudence.

In Part (1) I have discussed the effects on the contract due to the absence of contracted goods.

My first topic covers the effects on the contract due to the absence of contracted goods in the denominations of Islamic jurisprudence from the points of prohibiting and permitting citations evidence in legislative references, the "possible" concept of Malkiah and their followers concerning either the sale transaction depending upon described characteristics, and the basis of prohibiting sales

Qiyas Al Ghaib 'ala ash-Shahid

By

Dr. Zakaria Bashier

International University of Africa

The aim of this paper is to give a critical exposition of a special type of analogical inference used by the Mutakalimun (i..e. Muslim thrologists of medivial times) , called " Qiyas al-Ghaib 'ala ash-shahid ". The origin of this analogical inference in the basic Islamic sources (i..e the Qur'an and Sunnah) is indicated. Then its relationship to the Aristotelian analogy is discussed first, before going on to give the opinions of al-Farabi, aj-Juwayni, Ibn Rushd, and Ibn Taymiyyah on the subject matter. The findings of this study are as follows:

* The Islamicists are deeply divided on this issue.

* Al-Farabi and Ibn Taymiyyah are of the opionion that this Qiyas is apodecitical in its logical nature, while aristotle himself, followed by some Arab logicians, jurists and Mutakalimun, believed it to be merely probable (doxical).

* The view argued for, in this study, is that this analogy, though often probable, could be conceived of, as did al-Farabi and Ibn Taymiyyah, as apodeictic.

some litigants to present their cases to the highest authority, the (Caliph), this had resulted in the establishment of this institution. And that it was an Islamic in nature and from, and it was not borrowed from the Sasanian administration as suggested by some orientalists. As far as the judicial authority of this institution is concered, it was not merely a court of appeal, nor it was an administrative tribunal, but it was an Islamic invention created to deal with any complaint presented to the highest authority in the state without regard to it's mature.

The Inuestigation of Grieuances
(Al-Nazar Fi Al-Mazalim)
It's Rises,Deuelopment, And Jurisdiction
A Study In the History of Islamic Institution

By

Dr. Humaidan Abdullah Al-Humaidan
Associate Professor,Department of
Islamic staduies, college of Education
King Saud University
Riyadh, Saudi Arabia

Abstract:

During the late Umayyad period the (Caliph) had established a special procedure to deal with the complaints which had been presented to him, and in consequence had created the institution of (Al-Nazar fi Al-Mazalim), or the investigation of grievances. It had been developed into one of the most important office in the state.

There are some questions which had been raised in the literature on the subject by various authors regarding it's nature and origins. This articale tries to answer some of these questions by examining the rise of this institution and it's developments, and determine it's origins and judicial authority.

The most important conclusion reached in this study is that although the Islamic law had created an efficient administration of justice to deal with any legitimate complaint, but the insistence of

REFUSAL OF TAKING OATH IN Islamic Jurisprudence

By

Dr. Majed Abu Rukhaia

Associat Professor
Faculty of Sharia & Law
U.A.E. University

It is a wellknown rule that plaintiff must present evidence while the defendant can take the oath as a way of denial . So if a plaintiff couldn't present his evidence and the defendant was asked to take the oath , would the judge pass his judgement if the defendant refused to do so ?

Would the refusal to take oath be considered in such case as a recognition of the plaintiff's right , or would it be considered as a sign of the plaintiff's truthfullness so he would be asked to take the oath to confirm his right ?

The above mentioned question is the heart of the matter in this article . The article provides the evidences and proofs of the Pro's and Con's with regard to the judgement by refusal to take oath . It discusses the evidences and then select the suitable . Morever, the article discusses this issue under the U.A.E. and Jordanian Civil Laws.

an Article or Comment), then (if a Comment) the title of the case, etc. being discussed.

6. The correct title of tne author's present position should appear on a seperate page.
7. If a contribution contains Quranic verses, the verses must be written in Quaranic style.
8. All contrubitions are referred to Arbitration.
9. Authors will be notified within two months whether their contributions are to be published or not.

THE AIMS OF THE JOURNAL AND PUBLICATION POLICY

FIRST: The Aims

The Journal of Sharia And Law is published annually by the Faculty or Sharia and Law in the United Arab Emirates University. Ther aims of the Journal are :

1. To enrich academic research in the fields of Sharia and Law, offering the opportunities to the academic staff to publish their researches.
2. To Strengthen academic connections and ties with other Faculties of Sharia and Law in GCC and Arab Universities.
3. To follow and decument academic trends in the field of Sharia and Law through referring to new books, theses, conferences and seminars.
4. To offer the opportunities to exchange academic journals published by counterpart faculties.

Second: Publication Policy

1. Contributions are invited and received on the understanding that they are final, and not preliminary drafts and that they have not been accepted, and are not being considered, for publication elsewhere.
2. Contributions will not be returned to the authors.
3. Contributions may be written in Arabic, English or French.
4. Contributions should not exceed ten thousand words excluding footnotes, references and appendixes.
5. The author's name and address thould be typed at the top of the first page of the typescript, followed by a (short) title for the paper(if

In The Name of God
Most Gracious,
Most Merciful



The United Arab Emirates University
FACULTY OF SHARI'A AND LAW

JOURNAL OF SHARI'A AND LAW

"A REFEREED ACADEMIC PUBLICATION"

ISSUE No 8/GAMADA EL THANI 1415 - NOVEMBER 1994